

La edad como factor de vulnerabilidad en las relaciones laborales

Ana María Martín Romero



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA EDAD COMO FACTOR DE VULNERABILIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad
Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo

Consejo Asesor

Yolanda Cano Galán, Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense, presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

LA EDAD COMO FACTOR DE VULNERABILIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES

ANA MARÍA MARTÍN ROMERO

28

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: septiembre de 2024.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, la autora
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-205-8 (edición en papel)
144-24-206-3 (edición en línea, PDF)
144-24-207-9 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3008-4
Depósito legal: M-20447-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. MARCO GENERAL	17
1. Libertad para trabajar y derecho al trabajo	17
2. El principio de igualdad de trato y no discriminación	22
2.1 Igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la Unión Europea	22
2.2 Igualdad de trato y no discriminación en el ámbito interno	26
2.3 La edad como causa de discriminación prohibida	34
3. Tipologías de discriminación	37
3.1 Discriminación directa y discriminación indirecta	37
3.2 Discriminación múltiple: una referencia especial a las mujeres maduras	44
3.3 Discriminación por asociación y discriminación por error	58
3.4 Discriminación y acoso	64
3.5 Discriminación y estereotipos	72
4. La edad en el ámbito de las relaciones laborales	74

	Páginas
CAPÍTULO II. LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO	85
1. La edad como causa de discriminación prohibida en el ordenamiento jurídico internacional	85
1.1 Las declaraciones internacionales de derechos. El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales	86
1.2 La carta social europea	91
1.3 Las normas internacionales del trabajo	92
1.3.1 La normativa de la OIT	93
1.3.2 Otros documentos de trabajo	97
1.4 Disposiciones de la «age discrimination in employment act» ..	99
2. La normativa de la unión europea contra la discriminación por causa de la edad del trabajador	101
2.1 Algunas cuestiones previas	101
2.2 La protección antidiscriminatoria en la unión europea. Técnica normativa y contenido común	105
2.3 La Directiva 2000/78/CE	108
2.3.1 Marco general regulador excepciones	108
2.3.2 Examen de la justificación: medida objetiva y razonable y principio de proporcionalidad	117
3. La aplicación directa del principio general de no discriminación por razón de la edad	121
4. El tratamiento de la discriminación por causa de la edad en la normativa española	129
CAPÍTULO III. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO PARA UN ENVEJECIMIENTO ACTIVO	137
1. El empleo en la Unión Europea	137
2. Las políticas de empleo de la UE: envejecimiento activo y pleno empleo	143
3. Las políticas nacionales para el tratamiento del empleo de los trabajadores de edad avanzada. La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo	154
3.1 Políticas activas de empleo	157
3.1.1 Referencia a la Estrategia 55 y más	161
3.1.2 La Estrategia Española de Activación para el Empleo ...	162

	Páginas
3.1.3 El Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno	165
3.2 Protección frente al desempleo. Políticas pasivas de empleo ...	168
3.2.1 La prestación contributiva por desempleo	172
3.2.2 Los subsidios por desempleo para trabajadores maduros.	175
3.2.3 El programa de Renta Activa de Inserción	180
3.2.4 Otras ayudas de último recurso	184
4. La formación profesional para el empleo del trabajador maduro	188
5. La necesidad de una política integral para la protección y promoción del empleo de los trabajadores maduros	195
CAPÍTULO IV. LA RELACIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR MADURO. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	209
1. El acceso al empleo del trabajador maduro: contratos atípicos y reingreso en el mercado de trabajo	211
2. Las condiciones de trabajo del trabajador maduro	227
2.1 Ordenación del tiempo de trabajo	228
2.2 Retribución	233
2.3 Seguridad y salud laboral. Acomodación del puesto de trabajo para un óptimo envejecimiento activo	241
3. La extinción del contrato a iniciativa del empresario: el despido por la mayor edad del trabajador	251
3.1 Despido objetivo por ineptitud sobrevenida	254
3.2 Despido objetivo por motivos de obsolescencia profesional	257
3.3 Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Reestructuración y rejuvenecimiento de plantillas	259
4. La resolución del contrato por voluntad del trabajador. El acoso laboral por razón de la edad	264
5. La tutela jurisdiccional del trabajador maduro víctima de discriminación por razón de su edad	267
6. La negociación colectiva como herramienta para el mantenimiento del empleo de los trabajadores maduros	272
7. Gestión de la diversidad generacional en la empresa	277
CAPÍTULO V. EL TRÁNSITO HACIA LA JUBILACIÓN	281
1. Aproximación general a la jubilación	281

	Páginas
2. Compatibilidad entre contrato de trabajo y pensión de jubilación .	289
2.1 Evolución normativa desde la óptica del derecho de la seguridad social	291
2.2 Evolución normativa desde la óptica del derecho del trabajo ...	295
3. Modalidades de jubilación	303
3.1 La jubilación ordinaria	303
3.2 La jubilación anticipada	312
3.2.1 La jubilación anticipada por razón del grupo o actividad profesional	315
3.2.2 La jubilación anticipada de trabajadores con discapacidad	319
3.2.3 La jubilación anticipada involuntaria	322
3.2.4 La jubilación anticipada voluntaria	326
3.3 La jubilación parcial	329
3.3.1 La jubilación parcial con contrato de relevo	330
3.3.2 La jubilación parcial autónoma, diferida o postergada ...	334
3.4 La jubilación flexible	336
3.5 La jubilación activa	339
3.6 La jubilación forzosa	342
3.6.1 Las cláusulas convencionales de jubilación forzosa	342
3.6.2 La jubilación forzosa en el sector público	355
3.7 La prejubilación	358
4. A modo de conclusión: el futuro de la jubilación	366
BIBLIOGRAFÍA	375

ABREVIATURAS

<i>ADEA</i>	<i>Age Discrimination Employment Act</i>
<i>BOCD</i>	<i>Boletín Oficial Congreso de los Diputados</i>
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>CC</i>	<i>Código Civil</i>
<i>CDFUE</i>	<i>Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española</i>
<i>CEDH</i>	<i>Convenio Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>CEE</i>	<i>Comunidad Económica Europea</i>
<i>CEF</i>	<i>Centro de Estudios Financieros</i>
<i>CES</i>	<i>Comité Económico y Social</i>
<i>CIT</i>	<i>Conferencia Internacional de Trabajo</i>
<i>COM</i>	<i>Comunicación</i>
<i>CDESC</i>	<i>Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales</i>
<i>CP</i>	<i>Código Penal</i>
<i>CSE</i>	<i>Carta Social Europea</i>
<i>DA</i>	<i>Disposición Adicional</i>
<i>DF</i>	<i>Disposición Final</i>
<i>DOUE</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
<i>DT</i>	<i>Disposición Transitoria</i>
<i>DUDH</i>	<i>Declaración Universal de los Derechos Humanos</i>
<i>EEAAE</i>	<i>Estrategia Española de Activación y Apoyo al Empleo</i>
<i>EEAE</i>	<i>Estrategia Española de Activación al Empleo</i>
<i>EEE</i>	<i>Estrategia Europea de Empleo</i>
<i>ERE</i>	<i>Expediente de Regulación de Empleo</i>
<i>ERTE</i>	<i>Expediente Regulación Temporal de Empleo</i>
<i>ET</i>	<i>RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores</i>
<i>FSE</i>	<i>Fondo Social Europeo</i>
<i>INE</i>	<i>Instituto Nacional de Estadística</i>

<i>IPC</i>	<i>Índice de Precios al Consumo</i>
<i>IPREM</i>	<i>Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples</i>
<i>LGDPD</i>	<i>RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social</i>
<i>LGSS</i>	<i>RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social</i>
<i>LISOS</i>	<i>RD-Legislativo de 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social</i>
<i>LSJ</i>	<i>Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social</i>
<i>LPRL</i>	<i>Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales</i>
<i>LOIEMH</i>	<i>Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres</i>
<i>MAC</i>	<i>Método Abierto de Coordinación</i>
<i>OCDE</i>	<i>Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos</i>
<i>OIT</i>	<i>Organización Internacional del Trabajo</i>
<i>OMS</i>	<i>Organización Mundial de la Salud</i>
<i>ONU</i>	<i>Organización de Naciones Unidas</i>
<i>PAPE</i>	<i>Plan Anual de Política para el Empleo</i>
<i>PIDESC</i>	<i>Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales</i>
<i>RAE</i>	<i>Real Academia Española</i>
<i>RAI</i>	<i>Renta Activa de Inserción</i>
<i>RD</i>	<i>Real Decreto</i>
<i>RDL</i>	<i>Real Decreto Legislativo</i>
<i>SEPE</i>	<i>Servicio Público de Empleo Estatal</i>
<i>STC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
<i>STEDH</i>	<i>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>STJCE</i>	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea</i>
<i>STJUE</i>	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>STS</i>	<i>Sentencia de Tribunal Supremo</i>
<i>STSJ</i>	<i>Sentencias del Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TCE</i>	<i>Tratado de la Comunidad Económica Europea</i>
<i>TEDH</i>	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
<i>TFUE</i>	<i>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TPIUE</i>	<i>Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>TUE</i>	<i>Tratado de la Unión Europea</i>
<i>UE</i>	<i>Unión Europea</i>

INTRODUCCIÓN

La edad es un factor cronológico personal que está ligado al ciclo vital y, por ello, inseparable de la persona. La vida misma suele estructurarse en varias etapas, marcadas, cada una de ellas, por las características propias de la edad. Así, las etapas de la infancia, adolescencia y juventud consumen la mitad de la vida y dejan paso a la edad madura, que puede considerarse un período de plenitud personal. El ciclo se cierra con la ancianidad, o vejez, que finalizará con la muerte de la persona. A través de todo el recorrido, en virtud de las experiencias vividas, cada individuo forja su personalidad y adquiere un bagaje personal de conocimientos, teóricos y empíricos. La edad conforma, pues, un criterio de referencia social. Pero la edad también puede configurarse como un sesgo que sitúa a un amplio grupo poblacional en posición de desventaja frente a otros. En efecto, en el ámbito de las relaciones laborales, la mayor edad del trabajador se erige en factor de diferenciación, constituyendo, en no pocas ocasiones, la causa de exclusión del mercado laboral.

A diferencia de otras condiciones personales, la edad es un elemento dinámico. A lo largo de la vida laboral, los trabajadores alcanzan y superan edades consideradas inconvenientes desde la perspectiva del mercado de trabajo y, por ello, determinantes de una especial vulnerabilidad. En concreto, alcanzar la edad madura, a menudo, implica una diferencia de trato respecto de otros trabajadores en situación comparable. Así, la experiencia profesional, lejos de conformar una ventaja, se erige en hándicap, bien por razones económicas –al concebirse los trabajadores de más edad como más costosos–, bien por razones de obsolescencia profesional –habida cuenta, en este caso, el sensible déficit en materia de formación profesional para el empleo–.

En cualquier caso, tal vez estas no sean las únicas razones de una posible exclusión, ya que, sin duda, también están presentes ciertos estereotipos negativos que recaen sobre este colectivo de trabajadores. En efecto, si bien deberían considerarse los trabajadores maduros en una situación de plenitud laboral –aún a pesar de posibles carencias formativas, que, por otra parte, no disminuyen sus facultades–, paradójicamente, estos trabajadores se enfrentan a problemas de gran calado, personal y laboral. En este sentido, la imagen peyorativa que se ha construido sobre la mayor edad, ha impactado con fuerza entre los empresarios, emergiendo, en más ocasiones de las deseadas, posibles situaciones de discriminación laboral. Así, por ejemplo, la materialización más inmediata y visible de tal percepción son los llamados procesos de «rejuvenecimiento de plantillas» que se saldan, de modo particularmente incisivo en tiempos de crisis, con la salida prematura del mercado de trabajo de un gran número de trabajadores de edad madura. Y siendo la edad el criterio determinante de la expulsión de la empresa, conforma, asimismo, el obstáculo, en no pocas ocasiones insalvable, para su retorno a la situación de activo. La OMS ha señalado que «la pérdida de capacidad generalmente asociada con el envejecimiento solo se relaciona vagamente con la edad cronológica de una persona. No existe una persona mayor típica»¹. Es por ello que prescindir de los trabajadores de edad avanzada es una práctica de edadismo, término con el que se alude al conjunto de prejuicios y estereotipos, peyorativos y discriminatorios, asociados a las personas debido a su edad cronológica.

La normativa laboral, tradicionalmente, ha deparado un tratamiento especial a estos trabajadores, con el objeto de combatir desempleo y precariedad –y, de manera señalada, temporalidad– y, así, evitar una posible discriminación. El 4.2.c) ET reconoce el derecho del trabajador a no ser discriminado en el empleo, o una vez empleado, entre otros motivos por razón de edad. Por su parte, el art. 17 ET constituye un precepto clave para hacer frente a las discriminaciones en las relaciones laborales por las causas que en él se mencionan, siendo la edad una de ellas. Además, la Ley 15/2022, de 12 de julio², regula, ahora, de forma integral y transversal el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación. Y, de forma complementaria, la Ley de Empleo³ insta al Gobierno y a las Comunidades Autónomas a adoptar programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades de

¹ Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud, OMS, 2015. Accesible en, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf?jsessionid=92CDC3309F41CA16ABD38DF26088EA9D?sequence=1, p. VII.

² Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

³ Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

integración en el mercado de trabajo, refiriendo, entre los colectivos prioritarios, a las personas mayores de cuarenta y cinco años. Con todo, los servicios de empleo no resultan eficientes a la hora de reinsertar a estas personas, de nuevo, en el mercado laboral. Por consiguiente, el paro de larga duración entre los trabajadores maduros resulta prácticamente endémico, lo que, sin duda, genera pobreza⁴.

El colectivo de trabajadores maduros, cuando se trata de mujeres, también es objeto de discriminación. En ese caso, no solo por la edad, sino también por razón de género, emergiendo la discriminación múltiple. Lo que debe conectarse con las singulares necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las mujeres maduras. Estas, en efecto, se hallan, en ocasiones, en un periodo vital en el que, debido a la postergación de la maternidad, deben aún asumir tareas de cuidado de niños pequeños, de difícil compatibilización con el trabajo. Asimismo, por mor de la división sexual de roles aún imperante, son frecuentemente las mujeres maduras las llamadas a atender a familiares mayores dependientes. De modo que la conciliación es también un objetivo prioritario para ellas, si bien, evitando, asimismo, que se perpetúen los roles de género.

Uno de los fenómenos demográficos más relevantes y positivos de la época actual es la prolongación de la esperanza de vida. Con todo, dicho logro del Estado de Bienestar, paradójicamente, plantea algunos desafíos, derivados también de la disminución de la tasa de natalidad. Ello conlleva un inevitable e irreversible envejecimiento de la población, a su vez determinante de cambios sociales y económicos –generando, en particular, un aumento del gasto tanto en sanidad como en pensiones–. Sin duda, existe un problema de sostenibilidad del Sistema público de Seguridad Social, que debe afrontarse desde todas las disciplinas. En este sentido, desde el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, conforme a las recomendaciones de la UE, deben promoverse políticas para lograr un envejecimiento activo, que faciliten el tránsito hacia la jubilación. Pues, cuanto más tiempo esté el trabajador en activo, mayores son sus aportaciones al Sistema y, correlativamente, menor es el gasto en pensiones.

⁴ CARDONA RUBERT, M. B., «Discriminación por edad y pobreza», en VV. AA. (CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 123.

CAPÍTULO I

MARCO GENERAL

1. LIBERTAD PARA TRABAJAR Y DERECHO AL TRABAJO

La libertad para trabajar, inherente a la dignidad de la persona, y el derecho al trabajo, libremente escogido o aceptado¹, se hallan reconocidos por el acervo jurídico internacional. De la libertad de trabajo, como manifestación concreta de la libertad del individuo y con fundamento en la dignidad humana, surge el derecho al trabajo², que es, asimismo, la base para la materialización de otros derechos humanos –al conllevar la oportunidad de realizar un trabajo la posibilidad de llevar una vida digna–.

El derecho al trabajo es recogido por la DUDH de 1948³, así como por el PIDESC de 1966⁴. Asimismo, también se puede encontrar en otros textos in-

¹ PIDESC, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, BOE-A-1977-10734, preámbulo y artículo 6. 1. El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su resolución 2200 A (XXI): el PIDCP y el PIDESC. Estos pactos son un refuerzo a la DUDH de 1948.

² *Ibidem*.

³ DUDH, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, Resolución 217.^a (III), el 10 de diciembre de 1948. El artículo 23 de la DUDH recoge el derecho al trabajo en los términos siguientes: «Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (...)».

⁴ PIDESC, artículo 6: «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena

ternacionales como la CSE⁵, el Protocolo de San Salvador⁶, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁷, así como, ya a nivel interno, en las Constituciones de numerosos países.

En el ordenamiento español, la Constitución de 1931 proclamó que España era «una República democrática de trabajadores de todas clases». Con todo, no reconocía el derecho al trabajo. Es la Constitución de 1978, que define a España como un Estado social⁸, la que, por vez primera en la historia del constitucionalismo español, proclama, en el artículo 35.1, el derecho al trabajo de todos los españoles, así como el deber de trabajar: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia».

No es casualidad que la CE conciba el trabajo no solo como un derecho sino también como un deber, elevando el derecho al trabajo, en cierto modo, a la consideración de deber moral y obligación social⁹. En este sentido, hablar del derecho constitucional al trabajo obliga a tener en cuenta un amplio espectro de derechos, bienes y valores protegidos constitucionalmente. Así, además del mencionado artículo 35, otros preceptos sientan los derechos básicos de un modelo laboral, conforme al nuevo sistema político democrático¹⁰: los artículos 7 –sindicatos y asociaciones empresariales–, 28 –libertad sindical y huelga–, 37 –negociación colectiva y medidas de conflicto colectivo–, 40 –distribución de la renta, formación profesional, seguridad e higiene, descanso laboral, política orientada al pleno empleo–, 42 –derechos económicos y sociales de los emigrantes– y 129 –acceso a la propiedad de los medios de pro-

efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana».

⁵ CSE, Consejo de Europa, 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, BOE-A-1980-13567. El 23 de octubre de 2000 el Plenipotenciario de España firmó el Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea –revisada– hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, que entró en vigor para España el 1 de julio de 2021, BOE núm. 139, de 11 de junio de 2021.

⁶ Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que fue adoptado en San Salvador, en el marco del período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 17 de noviembre de 1988.

⁷ Aprobada en Nairobi, Kenia, el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana.

⁸ Artículo 1 CE.

⁹ GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 30.

¹⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «Artículo 35», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 931.

ducción—. El derecho al trabajo forma parte de esta Constitución laboral¹¹ y aparece configurado como un derecho dinámico, no solo objeto de reconocimiento formal, pues alberga también un contenido implícito, la obligación de los poderes públicos de promover su realización efectiva¹².

Como es sabido, la «clasificación» de los derechos operada por la Carta Magna determina diferentes niveles de protección de los mismos. Entre los derechos fundamentales y las libertades públicas de la Sección Primera, Capítulo II, Título I, que gozan de la protección más intensa¹³, figuran exclusivamente dos derechos laborales: el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga. Esta protección se materializa en la reserva de ley orgánica, conforme al artículo 81 CE, y en la tutela de los derechos a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia o sumariedad o, en su caso, el amparo por el TC, de acuerdo con el artículo 53.2 CE. Asimismo, si alguna norma vulnera alguno de estos derechos, esta puede ser impugnada por inconstitucional¹⁴.

De esta manera, el derecho al trabajo queda relegado a la Sección Segunda, del Capítulo II, Título I, que lleva por título «De los derechos y deberes de los ciudadanos», lo que implica una protección inferior. Así, de acuerdo con el artículo 53.1 CE, su regulación ha de realizarse por medio de una ley ordinaria, que debe respetar su contenido esencial. Y su tutela judicial corresponde a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso de inconstitucionalidad si no se respeta el contenido esencial del derecho.

La interpretación de este «complejo derecho»¹⁵, cuya titularidad se reconoce a todos los españoles, se puede encontrar en la STC 22/1981, de 2 de

¹¹ Vid. MARTÍN VALVERDE, A., «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española», en VV. AA., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp.187-204. «Pleno empleo, derecho al trabajo y deber de trabajar son expresiones utilizadas en distintos pasajes de la Constitución española, cuyos significados están emparentados entre sí muy estrechamente (...) Derecho al trabajo, se refiere a la adquisición y conservación por parte de cada ciudadano de una ocupación remunerada. Pleno empleo (esto es, la existencia de una oferta global de puestos de trabajo suficiente para atender a todas las demandas de empleo) será uno de los requisitos o presupuesto indispensable para el ejercicio de dicho derecho (...) Deber de trabajar no es un deber jurídico propiamente dicho, sino un simple deber moral —como decía el artículo 46 de la Constitución de Weimar—, o una obligación social —como decía el artículo 46 de la Constitución de la segunda república—».

¹² En este sentido, vid. GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Ieal, Madrid, 1982, p. 85. «Los derechos fundamentales sociales exigen un hacer activo, constituyente del orden social del Estado, una labor de planificación, dirección y previsión, que cristaliza en prestaciones materiales del Estado, reconocidas en los derechos económicos-sociales».

¹³ Artículo 53.2 CE.

¹⁴ MONTÓYA MELGAR, A., «El trabajo en la Constitución», en VV. AA. (Coord.: MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPÉRRE NAVARRO, A. V.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2003, p. 50.

¹⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «Artículo 35...», *op. cit.*, p. 931.

julio¹⁶. En ella se afirma que «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 CE, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo, si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa». Sin embargo y a pesar de esta afirmación, del artículo 35.1 CE no surge ningún derecho subjetivo puesto que no existe, como tal, el derecho a un puesto de trabajo¹⁷. Es un derecho básico pero atípico que, en un sistema de libre empresa, el Estado no puede garantizar¹⁸. La imprecisión del artículo 35.1 CE ha llevado a algún sector doctrinal a señalar que lo apropiado hubiera sido incluir el derecho al trabajo en el Capítulo III de la CE —«De los principios rectores de la política social y económica»—, donde se encuentran los principios referidos a la materia laboral e inspiradores del orden socio-laboral, a los que se atribuye una singular efectividad¹⁹.

Por otro lado, conviene reparar en el artículo 1.1 CE, a cuyo tenor «España se configura como un Estado social y democrático de Derecho», que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico los principios de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. El amplio catálogo de derechos sociales que alberga la CE es, precisamente, consecuencia directa de esa configuración, y el derecho al trabajo se incardina dentro de ellos. Con todo, hay que destacar algunos aspectos esenciales de los derechos sociales, que condicionan su realización, y que, a la vez, los identifican²⁰: En primer lugar, su formulación se halla vinculada a los valores de igualdad y dignidad. En este sentido, la igualdad, como pretensión, caracteriza al Estado español, que, pre-

¹⁶ STC 22/1981, de 2 de julio, ECLI: ES: TC:1981:22.

¹⁷ Así, MARTÍN VALVERDE opina que «la Constitución española no reconoce, propiamente hablando, un derecho al trabajo». En este sentido, *vid.* MARTÍN VALVERDE, A., «Pleno empleo, derecho...», *op. cit.*, p. 204.

¹⁸ *Vid.* BAYLOS GRAU, A., «Constitución y Trabajo, Boletín 40 años de la Constitución», *Jueces y juezas para la democracia*, núm. 40, 2018, pp. 11-13.

¹⁹ En este sentido, *vid.* BASILE, S., «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en VV. AA. (Coords.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, p. 289.

²⁰ *In extenso, vid.* SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Valladolid, 1996, pp. 1-228. Para el autor, el derecho social es, en un sentido objetivo, el conjunto de normas a través de las cuales el Estado ejercita su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales, con el fin de asegurar la igualdad de las situaciones, a pesar de la diferencia de las fortunas; en sentido subjetivo, el derecho general de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida social, el cual se traduce en específicos derechos a determinadas prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.

cisamente por ello, es calificado como un Estado social²¹. En segundo término, son derechos de carácter prestacional, por lo que necesitan de una implicación activa del Estado para hacerlos efectivos. Así, es un deber del Estado implementarlos y proporcionar a los ciudadanos un orden social más justo. De no hacerlo, podrían plantearse problemas inherentes a su aplicación, tutela y eficacia. Finalmente, las circunstancias sociales y el propio desarrollo económico del Estado son condicionamientos esenciales de los que pende la efectiva realización de estos derechos.

El derecho al trabajo es la base para la materialización de otros derechos humanos, lo que incluye la oportunidad de realizar un trabajo libremente escogido para llevar una vida digna. Se configura como un derecho político que integra la condición de ciudadano de un Estado, un elemento de cohesión social, que posibilita la dignidad de las personas²². El trabajo, además de ser un medio de creación de riqueza, adquiere un valor intrínseco y llega a convertirse en la única vía hacia la realización personal. En este sentido, además de fuente de recursos económicos, tener o no tener trabajo se traduce, en definitiva, en «existir socialmente o carecer de existencia social»²³, lo que lo convierte, por tanto, en un elemento de integración social. Los poderes públicos están obligados a tomar las medidas apropiadas para crear el entorno propicio para que existan oportunidades de empleo para todos y conseguir la realización efectiva de este derecho.

Los trabajadores de edad avanzada conforman un colectivo con especiales dificultades de inserción laboral y, en ocasiones, también para mantener su actividad profesional. A menudo, estos trabajadores ven obstaculizado su acceso al trabajo y/o limitado el ejercicio del mismo, y su edad se convierte en el factor determinante de una posible exclusión social, que viene marcada, entre otras causas, por las transformaciones del mercado de trabajo o la persistencia de altas tasas de desempleo, concentradas en determinados grupos sociales, especialmente, los trabajadores maduros²⁴. Por ello, es necesario visibilizar los condicionantes que pueden limitar la realización efectiva del derecho al trabajo de este colectivo, y determinar si, alguno de ellos, es susceptible de generar discriminación. Si es así, habrá comprobar si hay alguna causa que lo

²¹ ARAGÓN REYES, M., «Artículo 1», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 31-36.

²² BAYLOS GRAU, A., «Constitución y Trabajo...», *op. cit.*, p. 12.

²³ GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, CES, Madrid, 2010, pp. 70-72.

justifique, porque, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de igualdad y no discriminación por razón de la edad del trabajador.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

La noción de igualdad no es un concepto absoluto y estático, sino que ha ido evolucionado a lo largo del tiempo y su contenido depende del momento histórico y de la materia sobre la que se proyecte²⁵. Es un concepto vago, de concreción difícil, que, a pesar de su relevancia, no se halla definido en el ordenamiento jurídico²⁶.

2.1 Igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la Unión Europea

La regulación del principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la UE ha evolucionado de manera vertiginosa. De hecho, en los orígenes de la CEE su regulación era prácticamente inexistente. Los Tratados fundacionales tan solo recogían algunos derechos sociales relacionados con las libertades fundamentales o de contenido económico, como el artículo 119 del Tratado de Roma de 1957 –actual artículo 157 TFUE– que contemplaba el derecho a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres.

En la década de los setenta se produce un gran impulso en materia de igualdad de género, emergiendo, en la entonces CEE, un «Derecho antidiscriminatorio» construido alrededor de la causa sexo/género²⁷. Se dictan así varias directivas²⁸, que se refundieron en un único texto, la Directiva 2006/54/CE del

²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 334.

²⁶ Se refiere a la «vaguedad innata» del concepto de igualdad. En este sentido, *vid.* LAPORTA SANMIGUEL, F. J., «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985, p. 15.

²⁷ *In extenso*, *vid.* BALLESTER PASTOR, M. A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

²⁸ Como la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros respecto a la aplicación del principio de igualdad retributiva, y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo. Y en el ámbito de la Seguridad Social, cabe destacar la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1979, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y la Directi-

Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que alberga, asimismo, la doctrina acuñada por la jurisprudencia del TJUE ²⁹.

En el albor del nuevo siglo, la protección antidiscriminatoria se extiende más allá de la causa del género y del ámbito del empleo. Así, además del sexo y la nacionalidad, se contemplan nuevas causas, como la raza o el origen étnico ³⁰, la religión o convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual ³¹. Y también se extienden los ámbitos de aplicación a los bienes y servicios o a la vivienda ³². En efecto, la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en el año 1999 ³³, constituye el punto de inflexión en el tratamiento del principio de igualdad y no discriminación por el Derecho de la UE. Por un lado, la igualdad se erige en uno de los fines a perseguir por todas las acciones y políticas comunitarias y así lo refleja el artículo 2 TCE ³⁴. En concreto, el artículo 3, apdo. 2, establece como objetivo de la Unión «eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad» ³⁵. Es la implantación de la transversalidad de género, el denominado *mainstreaming*, conforme al que todas las políticas y acciones de la Comunidad Europea han de ser objeto de evaluación desde una perspectiva de género. Por otro lado, la introducción del artículo 13 TCE –actual artículo 19 TFUE– habilita a las instituciones comu-

va 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de Seguridad Social, modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996. También en este ámbito, de no discriminación por razón de género, en el año 1997, se dicta la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que contiene, igualmente, disposiciones cuya finalidad es la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Excepto la Directiva 79/7/CEE, las precitadas directivas, se refundieron en un único texto.

²⁹ En este sentido, hay que destacar la relevante sentencia del asunto *Defrenne III*, en la que el Alto Tribunal, reafirma, definitivamente, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo, y correlativamente la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

³⁰ Directiva 2000/43/CE, de 20 de junio del 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DOCE-L-2000-18022.

³¹ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOUE-L-2000-82357.

³² Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DOUE-L-2004-82937.

³³ Tratado de Ámsterdam, 2 de octubre de 1997, DO C-340 de 10 de noviembre de 1997, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.

³⁴ Artículo 2 TCE: «La Comunidad tendrá como misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4..., la igualdad entre el hombre y la mujer...»

³⁵ Artículo 3, apdo. 2 TCE: «En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

nitarias para legislar en materia de no discriminación³⁶. Con base en esta disposición se promulgan, en el año 2000, dos importantes normas, la Directiva 2000/43/CE, en relación con el origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.

El Tratado de Lisboa, en el año 2009, le da una nueva redacción al artículo 6 TUE, y le otorga a la CDFUE fuerza vinculante, «con el mismo valor jurídico que los Tratados»³⁷, convirtiéndola en una suerte de catálogo de derechos fundamentales de la UE³⁸. La Carta prohíbe, *ex* artículo 21, toda discriminación, «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»; y, *ex* artículo 23.2, reconoce la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos. Asimismo, el reformado artículo 6 TUE declara, en el apdo. 2, que la Unión se adhiere al CEDH. Y el apdo. 3 del mismo precepto establece que los Derechos que garantiza el CEDH³⁹, así como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales⁴⁰.

³⁶ Artículo 13 TCE: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá 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».

³⁷ ARETA MARTÍNEZ, M., «La eficacia del derecho de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad», *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018, p. 14. «La Carta se equipara al Derecho primario y dota expresamente a la Unión Europea de un catálogo propio de derechos fundamentales».

³⁸ *In extenso*, *vid.* CRUZ VILLALÓN, P., «El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunión constitucional europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, UNED, 2017, pp. 85-101. «Por medio de la Carta, los derechos fundamentales dejan de pertenecer a los jueces, dicho sea con un sentido neutro, para pasar a tomar cuerpo en una gramática sin duda necesitada de interpretación, pero menos de creatividad. Y es que, en ausencia de una arraigada tradición de *common law*, como es casi siempre el caso en el espacio constitucional europeo, la positivización de los derechos y libertades adquiere particular importancia. (...) La Carta es la Declaración de Derechos de la Unión en sentido propio, vinculando a sus órganos e instituciones, y es al mismo tiempo la Declaración de Derechos de todos y cada uno de los Estados miembros, si bien sólo “cuando aplican el Derecho de la Unión”».

³⁹ El artículo 14 CEDH lleva por título «Prohibición de discriminación» y señala que «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

⁴⁰ *Vid.* ARETA MARTÍNEZ, M., «La eficacia del derecho de la Unión Europea en materia de igualdad de trato...», *op. cit.*, pp. 14-15: «Cabe concluir que 1) Los derechos fundamentales, considerados por el Tribunal de Justicia y por el artículo 6.3 del TUE como principios generales del Derecho de la Unión, tienden a superar el ámbito del Derecho subsidiario para equipararse en valor jurídico a los elementos de Derecho primario; 2) la Carta no crea *ex novo* un sistema desconocido de derechos fundamentales, sino

Por su parte, el TFUE señala, *ex* artículo 8, que la igualdad es un objetivo de la UE que ha de estar presente en todas sus acciones. Asimismo, establece, *ex* artículo 10, que todas las acciones y políticas de la Unión estarán dirigidas a combatir la discriminación por razón de sexo.

Habida cuenta estas reformas, el principio de igualdad de trato y no discriminación queda garantizado en la UE. En relación con la edad, su virtualidad como derecho fundamental se materializa en los tres instrumentos normativos utilizados para conformar por vía jurisprudencial el sistema de derechos fundamentales de la Unión: en el artículo 14 del CEDH; en el artículo 21.1 de la CDFUE, y en las Constituciones de los Estados miembros ⁴¹.

El derecho a la igualdad es consustancial al Derecho del Trabajo, por consiguiente, comprensivo de normas destinadas a alcanzar la igualdad real entre los trabajadores, lo que no siempre resulta posible. En este sentido, las Directivas antidiscriminatorias de aplicación al ámbito del empleo son de corte restrictivo ⁴² y constituyen, a juicio de algún autor, el paradigma de la contradicción entre la finalidad de la norma y la letra de la misma ⁴³. En efecto, debido a la dificultad para delimitar donde acaba la igualdad y comienza la discriminación por razón de edad, así como la dificultad más profunda de identificar los prejuicios socioculturales asociados a la edad, se han abierto polémicas, por ejemplo, sobre la legitimidad de los límites de edad para algunas profesiones, que «han determinado, a nivel normativo, el establecimiento de cláusulas de excepción a la existencia de discriminación para cohonestar el mandato de igualdad con otros objetivos legítimos de las políticas públicas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional (...). Igualmente, lo inacabado de las polémicas ha determinado, a nivel judicial, la existencia de un importante escenario de litigiosidad en la materia» ⁴⁴.

que legitima y eleva al máximo valor jurídico el *corpus* que el Tribunal de Luxemburgo ha ido elaborando previa y paulatinamente a través de su jurisprudencia creadora; y 3) y la Carta no representa un punto y final, sino un punto y seguido en el proceso de construcción del sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea, iniciado en 1969 con la sentencia *Stauder*».

⁴¹ ARETA MARTÍNEZ, M., «La eficacia del derecho de la Unión Europea en materia de igualdad de trato...», *op. cit.*, p. 15.

⁴² Ello no impide que los ordenamientos de los Estados miembros establezcan regulaciones más favorables al principio de igualdad. *Infra, vid.* Capítulo II, epígrafe 2.2.

⁴³ RIVAS VALLEJO, P., «Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas anti-discriminación», Jornadas sobre *El dret del treball en el segle XXI*, celebradas en Palma de Mallorca, 22 y 23 de enero de 2009. Accesible en <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Vallejo.HTM>. Consultado por última vez el 21 de enero de 2024.

⁴⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación por edad: conceptos generales», en VV. AA. (COORDS.: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 76-77.

2.2 Igualdad de trato y no discriminación en el ámbito interno

Hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación⁴⁵, únicamente la LOIEMH⁴⁶ le había dado contenido propio al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, que describe como la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo⁴⁷. Siguiendo la pauta normativa de la LOIEMH, el legislador español ha establecido nuevas garantías a favor del principio de igualdad de trato y no discriminación que recoge la Constitución Española. En efecto, la Ley 15/2022, de 12 de julio, pretende ser el instrumento eficaz para la lucha contra la discriminación y, asimismo, abordar todos los ámbitos desde los que esta se pueda producir. Para ello, se ha configurado como una norma integral y transversal que acoge la concepción más moderna de los derechos humanos⁴⁸.

La igualdad no es una cualidad que pueda ser afirmada o negada. Es un concepto relativo y relacional⁴⁹, que se da entre personas, objetos o situaciones como resultado de un juicio de valor entre los términos de comparación que deben ser, al menos, dos. La igualdad se da, o no se da, en la comparación de alguna de las cualidades o rasgos que en aquéllos se encuentran.

El principio de igualdad es un postulado básico del constitucionalismo y, junto con la libertad, uno de los ejes vertebradores de los ordenamientos jurídicos democráticos contemporáneos. Cualquier Estado de derecho aspira, entre otros valores, a la igualdad de sus ciudadanos.

La Carta Magna española reconoce la igualdad como uno de los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico⁵⁰. La conjunción de estos valores da lugar «a una determinada cultura: una sociedad justa, democrática y avanzada»⁵¹. Según la tesis doctrinal más elaborada y aceptada, la proclamación constitucional de estos cuatro valores superiores conlleva una triple efica-

⁴⁵ Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

⁴⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, BOE núm. 71, de 24 de marzo de 2007.

⁴⁷ Artículo 3 LOIEMH.

⁴⁸ *Infra, vid.* Capítulo II, epígrafe 4.

⁴⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 47.

⁵⁰ Artículo 1 CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

⁵¹ LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 126 y ss.

cia jurídica: la eficacia que fundamenta el ordenamiento jurídico, la eficacia de la hermenéutica desde una interpretación finalista y la eficacia de la crítica de la legitimación del sistema normativo⁵². Si la eficacia, triple se aplica al valor superior de la igualdad, esta se considera como «el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación del ordenamiento jurídico, el postulado guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, y el criterio para medir la legitimidad de las distintas manifestaciones del sistema de legalidad»⁵³.

El bien jurídico que protege el principio de igualdad es la dignidad, idéntica, de todos los ciudadanos. Para ello, el principio discurre por dos vertientes: el de la igualdad material o real, esto es, el equilibrio de bienes sociales y económicos entre los ciudadanos y, el de la igualdad formal o normativa, es decir, la igualdad ante la ley y en la ley⁵⁴.

En su vertiente material –real o social–⁵⁵, la igualdad se concreta en el artículo 9.2 CE, a cuyo tenor, «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Este precepto realiza una encomienda a los poderes públicos, que la igualdad –y la libertad– de los ciudadanos sea una realidad y no un mero principio.

En su vertiente de igualdad formal, la principal manifestación del principio de igualdad se halla en el artículo 14 CE, que ordena la igualdad de trato de todos los españoles. Su situación privilegiada en el texto constitucional es altamente significativa: se halla en el Capítulo Segundo del Título Primero, antes de su división en secciones, diferenciándose, de alguna manera, del resto de Derechos Fundamentales. La redacción del precepto es muy general y no ofrece una formulación precisa del principio⁵⁶: «Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

⁵² LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad...*, op. cit., pp. 126 y ss.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cerdá Martínez-Pujalte, C. M., «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadique Furió Ceriol*, núms. 50-51, 2005, pp. 193-218.

⁵⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La igualdad real», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 139-147.

⁵⁶ ARAGÓN REYES, M., «Artículo 1», en VV. AA., *Comentarios...*, op. cit., p. 32.

Como ya se ha dicho, el carácter no autónomo del principio de igualdad, que solo puede predicarse respecto de relaciones jurídicas concretas, impide su regulación con carácter general⁵⁷. La jurisprudencia del TC ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable⁵⁸. En su concepción formal, la igualdad ante la ley vincula a la Administración, a los Tribunales y también al legislador. Los ciudadanos particulares no tienen, sin embargo, la obligación de respetar el principio de igualdad, salvo que venga impuesto por exigencias legales –infraconstitucionales–, pero no por mandato constitucional⁵⁹. Esto es, solo están limitados de forma directa por la prohibición de discriminación por las causas señaladas en el artículo 14 CE. La igualdad formal, por tanto, solo vincula a los poderes públicos y no a los sujetos privados⁶⁰.

Es cuestión pacífica entre la doctrina que el artículo 14 CE, al proclamar en su primer inciso que «Los españoles son iguales ante la ley (...)», aunque no lo hace de manera explícita, incluye dos planos del principio de igualdad formal, la igualdad «ante» la ley y «en» la ley⁶¹. Así, por un lado, el principio prescribe la igualdad de todos los ciudadanos «ante» la ley, lo que obliga a que la ley sea la misma para todos y se aplique con uniformidad de criterios⁶². En este sentido, la STC 8/1981, de 30 de marzo, estableció que: «En la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias, –esto es, no fundada en razones jurídicamente atendibles–»⁶³. Por tanto, en situaciones iguales no caben distinciones, ni en la norma a aplicar, ni en su aplicación misma, salvo cuando la distinción esté fundada jurídicamente.

El otro plano del principio es la igualdad «en» la ley. Esta queda, pues, sometida, también en su contenido, al principio de igualdad e impide que el

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación ...*, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁸ Un análisis de dicha jurisprudencia en Cerdá Martínez-Pujalte, C. M., «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación...», *op. cit.*, pp. 193-218.

⁵⁹ Vid. SSTC 108/1989, de 8 de junio de 1989, ECLI: ES: TC:1989:108 y 28/1992, de 9 de marzo de 1992, ECLI: ES: TC:1992:28.

⁶⁰ *In extenso*, vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

⁶¹ STC 49/1982, de 14 de julio de 1982, ECLI: ES: TC:1982:49.

⁶² Vid. STC 68/1991, de 8 de abril de 1991, ECLI: ES: TC:1991:68: «En su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Ley, es decir, un derecho a que esta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos de la misma Ley».

⁶³ STC 8/1981, de 30 de marzo de 1981, ECLI: ES: TC:1981:8.

legislador pueda promulgar leyes discriminatorias⁶⁴. De este modo, si una norma jurídica anudara, injustificadamente, consecuencias jurídicas diferentes a supuestos de hecho equivalentes, esa norma sería contraria al principio de igualdad⁶⁵, y, por consiguiente, inconstitucional.

Asimismo, en la formulación del principio de igualdad que realiza el legislador en el artículo 14 CE, hay que distinguir dos sentidos: un sentido positivo, que ordena tratar de forma igual a personas, objetos o situaciones que se encuentren en situaciones iguales. Y, un sentido negativo, que establece una prohibición general de trato desigual entre aquellos que estén en situaciones iguales o equivalentes. Por lo que, hay que concluir que el artículo 14 CE pretende, también, que lo que no es igual no sea tratado igual, sino de modo diferente.

El principio de igualdad exige, por tanto, para situaciones diferentes un tratamiento normativo diferente. En efecto, «La igualdad se aleja del igualitarismo, o de la parificación –a diferencia de lo que ocurre en el caso de la prohibición de la discriminación en sentido estricto– para insertarse en una especie de concepto –criba– de admisión o rechazo de las desigualdades de trato»⁶⁶. Así, con el fin de alcanzar una igualdad material –real–, el principio de igualdad permite al legislador introducir, en determinados casos, diferencias normativas entre supuestos de hecho similares o equiparables, siempre que exista una justificación objetiva y razonable y que sus efectos sean proporcionados⁶⁷. Lo que prohíbe el artículo 14 CE es la diferenciación normativa injustificada⁶⁸.

⁶⁴ En este sentido, *vid.*, STC 144/1988, de 12 de julio de 1988, ECLI: ES: TC:1988:144: El principio de igualdad opera en dos planos. Un primer plano frente al poder legislativo o reglamentario, impidiendo que se puedan dictar normas que den un trato distinto a personas que se encuentren en la misma situación o «impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Y en un segundo plano, en el de la aplicación de la ley, «la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma».

⁶⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación* ..., *op. cit.*, pp. 46 y ss.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ En este sentido, *vid.* STC 22/1981, de 2 de julio de 1981, ECLI: ES: TC:1981:22. El Tribunal afirma que la igualdad jurídica reconocida por el artículo 14 CE tiene como destinatarios la Administración, el Poder Legislativo y el Poder judicial. Ello no significa «que el principio de igualdad allí contenido implique, en todos los casos, un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador con relevancia jurídica». El TC recurre a la jurisprudencia del TEDH para determinar el alcance de este principio y nos recuerda que este ha señalado que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación y, en relación con el artículo 14 del CEDH, el TEDH declara «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justifi-

En palabras del TC, el artículo 14 CE «no establece un principio de igualdad absoluta (...) y mucho menos excluye la propia necesidad de establecer un trato desigual sobre supuestos de hecho que en sí mismos son desiguales»⁶⁹.

La jurisprudencia constitucional ha sentado, en diferentes sentencias, que el artículo 14 CE contiene una norma de derecho objetivo y, asimismo, un derecho subjetivo⁷⁰. No obstante, este último solo resulta predicable de relaciones jurídicas concretas, previstas por el ordenamiento, en las que se pueda hallar un término de comparación para determinar si existe una desigualdad de trato injustificada o arbitraria. Es por ello que, el principio de igualdad ante la ley no puede ser invocado en abstracto, pues no es un derecho subjetivo autónomo y no admite un desarrollo legislativo general⁷¹.

El principio de igualdad persigue, para que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades, un trato igual para quienes están en situaciones similares o equivalentes, y un trato diferente para quienes, en cambio, son desiguales o están en circunstancias distintas, transformando el principio de igualdad jurídica en una paradójica desigualdad, que protege, como siempre pretende el Derecho, a la parte más débil. Así, «solo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mis-

cación debe precisarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

⁶⁹ STC 3/1983, de 25 de enero, ECLI: ES: TC:1983:3.

⁷⁰ El TC establece de forma clara y precisa el contenido del precepto de la Carta Magna: «el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que “los españoles son iguales ante la Ley”, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean también iguales y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados». *Vid.*, entre otras, SSTC 49/1982, de 14 de julio de 1982, ECLI: ES: TC:1982:49; 3/1983, de 25 de enero de 1983, ECLI: ES: TC:1983:3; 200/2001, de 4 de octubre de 2001, ECLI: ES: TE:2001:200. Asimismo, «El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo». STC 75/1983, de 3 de agosto de 1983, ECLI: ES: TC:1983:75.

⁷¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La igualdad ante la ley...», *op. cit.*, p. 277.

mo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada»⁷². Queda, por tanto, proscrita la desigualdad de trato injustificada o arbitraria.

En la aplicación del principio de igualdad ante la Ley, para determinar si una diferencia de trato se halla justificada, o no, ha de recurrirse al test de constitucionalidad elaborado por el TC, que, en esencia, puede sintetizarse como sigue⁷³: a) La desigualdad de trato entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable es una infracción del artículo 14 CE. b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas. Así, dos supuestos de hecho deben considerarse iguales cuando la introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional. c) El principio de igualdad prohíbe al legislador establecer desigualdades que resulten injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. d) Para que la diferenciación resulte lícita no es suficiente que la finalidad que se persigue lo sea. Es indispensable que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin. En este sentido, la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador deberán ser proporcionales, evitando resultados especialmente graves o desmedidos.

El mandato de igualdad formal no impide que puedan subsistir desigualdades sistemáticas que afectan a determinados grupos sociales⁷⁴. Es por ello

⁷² Doctrina establecida, entre otras, por las SSTC de 10 de julio de 1981, ECLI: ES: TC:1981:23; de 14 de julio de 1982, ECLI: ES: TC:1982:49, así como por las SSTEDH de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975.

⁷³ STC de 26 de abril de 1999, ECLI: ES: TC:1999:76.

⁷⁴ Como señala SERRANO GONZÁLEZ, A.: «La aplicación igual de la ley, no es garantía suficiente de la igualdad. Esta requiere además unas exigencias en la selección por el legislador de los criterios de diferenciación dada la imposibilidad de otorgar el mismo tratamiento a todos los ciudadanos, la necesidad correlativa de proceder mediante distinciones normativas en un orden jurídico tan altamente diferenciado como el que la compleja sociedad actual exige». SERRANO GONZÁLEZ, A., «El principio de igualdad ante

que, el artículo 14 CE contempla, asimismo, la prohibición de discriminación, que complementa al principio de igualdad de trato. En este segundo inciso del precepto, el legislador enumera una lista de motivos de discriminación explícitamente prohibidos: «(...) *sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión*». No obstante, el precepto finaliza con la cláusula abierta «(...) *o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».

El legislador ha vinculado el término «discriminación»⁷⁵ —que, en el lenguaje jurídico contemporáneo, significa dar un trato diferente a una persona, de forma arbitraria o injustificada—, a ciertas características o rasgos personales, o a la adscripción a ciertos colectivos sociales⁷⁶. Así, «mientras el principio de igualdad de trato respeta las diferencias y la discrecionalidad del poder público, prohibiendo únicamente la arbitrariedad mediante el control de la razonabilidad, el principio de no discriminación trata de eliminar las causas de la marginalidad e incluso la discrecionalidad misma del legislador exigiendo la paridad de trato y un control estricto del uso de algunos de los criterios prohibidos del artículo 14 CE como justificación de diferenciación»⁷⁷. La diferencia entre ambas acepciones se halla más en la intensidad del control, que en el concepto mismo.

Para que exista discriminación es necesario que concurren tres elementos. En primer término, debe existir una conducta relevante —una diferencia de trato— jurídicamente significativa, ya sea por acción o por omisión, que se materialice en un perjuicio o, incluso, en un beneficio para algunos que perjudique a otros. En segundo lugar, la conducta debe derivar de la pertenencia de la persona discriminada a un grupo social determinado. Finalmente, para que la conducta sea considerada discriminatoria tiene que ser perjudicial y contraria a la dignidad humana, situando a la persona afectada en una posición de inferioridad social y jurídica y degradando su condición vital o su estatus labo-

la ley en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en VV. AA. (Dir. MARTÍN RETORTILLO, L.), *De la Jurisprudencia del TC: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho —de la Universidad de Zaragoza—*, Fernando el Católico, España, 1985, pp. 31-88.

⁷⁵ La STS de 17 de mayo —Rec. núm. 4500/1999—, ECLI: ES: TS:2000:4018, considera que la discriminación se produce cuando al «establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista».

⁷⁶ Conviene destacar que la RAE define discriminar como «Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental». Se puede observar que la edad está explícitamente contenida como causa de discriminación.

⁷⁷ RODRÍGUEZ BEREJO, A., *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 94-114.

ral. En cualquier caso, además, para que exista discriminación, basta con que el perjuicio sea potencial, no siendo necesario que este se materialice ⁷⁸.

El hecho de dar un trato diferenciado a una persona, o grupo de personas, en atención a sus rasgos, condiciones o circunstancias, rebajando o anulando sus derechos o, bien, agravando sus cargas ⁷⁹, constituye una situación objetiva de discriminación que pone en peligro el respeto a su dignidad y las sitúa en una posición social y jurídica de desigualdad, real o potencial. El ordenamiento jurídico les otorga una protección más rigurosa, precisamente, por poseer una o varias de esas características, especialmente protegidas por ser susceptibles de discriminación, lo que les confiere una mayor vulnerabilidad ⁸⁰. Es por ello que la tutela antidiscriminatoria va más allá del principio de igualdad de trato, alcanzando a los poderes públicos y privados, ya que actúa sobre el legislador, pero también se proyecta en el ámbito privado –así en el marco de la negociación colectiva o respecto de aquellas actuaciones del empleador realizadas en el ejercicio de su poder de dirección y organización- ⁸¹. De este modo, se quiere preservar de un posible trato desigual, especialmente odioso y contrario a la dignidad humana, a personas que pertenecen a ciertos grupos sociales tradicionalmente segregados, así como a colectivos con unas características diferenciales específicas.

Con todo, en ocasiones, es posible que una diferencia de trato normativa pueda considerarse no discriminatoria. Para ello, «resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente, por ello, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente» ⁸². En efecto, la dificultad estriba no solo en determinar

⁷⁸ En este mismo sentido, de forma expresa, también prevén la posibilidad de un perjuicio meramente potencial otras normas, como el artículo 2.2 a), de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000 y en el artículo 2.1.a) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006. Ambas normas establecen que existe discriminación cuando una persona sea, (...), o pueda ser tratada de manera desfavorable como consecuencia de su pertenencia a la categoría prescrita. *Infra, vid.* Capítulo II, epígrafe 2.

⁷⁹ MERCADER UGUINA, J. R., «Bases para la construcción del juicio de discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Dir.: MERCADER UGUINA, J. R.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 24.

⁸⁰ CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 193-218.

⁸¹ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales recientes: Perspectiva constitucional reciente», *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 25, 2012, pp. 19-52.

⁸² STC 75/1983, de 3 de agosto de 1983, ECLI: ES: TC:1983:75.

cuándo el contenido de una norma respeta el principio de igualdad y no discriminación, sino también, en establecer qué criterios son los relevantes para ello⁸³. «Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace, muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido. Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad con el fin así perseguido»⁸⁴.

2.3 La edad como causa de discriminación prohibida

La edad de una persona puede definirse como el tiempo transcurrido desde su nacimiento hasta el momento preciso en que se mide. Todas las personas se hallan sujetas a esta cualidad física, o estado, de carácter general o universal y de relevancia jurídica incuestionable⁸⁵. La edad es un criterio dinámico⁸⁶ que el ordenamiento jurídico interno tiene en cuenta para acceder a determinados derechos. Así, la mayor edad es el elemento que va a determinar la plena capacidad para realizar actos jurídicos válidos y eficaces y ser responsable de los mismos. Esta viene delimitada por el artículo 12 CE, que establece que se adquiere al cumplir dieciocho años⁸⁷, regla que también acoge el Código Civil, cuyo artículo 240 señala que «la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos». Su cumplimiento determina, pues, que se puedan ejercer derechos subjetivos al tiempo que nacen ciertas obligaciones. Así, el derecho al voto y a ser votado, a firmar cualquier tipo de contrato, la capacidad para contraer matrimonio, la extinción de la patria potestad o la responsabilidad penal

⁸³ *In extenso, vid.*, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Los principios constitucionales...», *op. cit.*, pp. 193-218.

⁸⁴ STC 209/1988, de 10 de noviembre de 1988, ECLI: ES: TC:1988:209.

⁸⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2013, p. 250.

⁸⁶ CARDONA RUBERT, M. B., «Discriminación por edad y pobreza», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J., y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 120.

⁸⁷ El Código Civil también contempla la emancipación, *ex* artículo 247, que permite que un mayor de 16 años y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad, con ciertas limitaciones hasta que el emancipado no alcance la mayoría de edad.

son derechos y obligaciones que solo se pueden ejercer, en general, en la mayor edad, con excepciones en el caso de la emancipación.

La edad diferencia a las personas, existiendo una suerte de expectativas y de estereotipos sociales que pueden dar lugar a ciertas desigualdades potencialmente segregadoras. A tales efectos, el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de la edad encuentra su fundamento en el mandato implícito del artículo 14 CE, *in fine*, que prohíbe la discriminación «atendiendo a cualquier otra condición o circunstancia personal o social»⁸⁸, entre las que quedaría incluida la edad⁸⁹.

Igualdad de trato y no discriminación son conceptos afines y conexos, pero no por ello sinónimos, aunque el legislador los haya ubicado en un mismo inciso del artículo 14 del texto constitucional. El principio de igualdad de trato obliga a dar a las personas un trato paritario en situaciones iguales o equivalentes y un trato diferente en situaciones distintas, en la pretensión de alcanzar las máximas cotas de igualdad posible y, en la confluencia con otros derechos, estos deben ponderarse, buscando una relación de proporcionalidad entre ellos⁹⁰. La discriminación, por su parte, es una regla más concreta, un tipo específico de diferencia de trato injustificada, a una persona, grupo o categoría social, por su sexo, raza, religión, ideas políticas o circunstancias personales o sociales. La función del principio de no discriminación es la eliminación de esos rasgos distintivos tradicionales, así como de otros rasgos de nuevo cuño, entre los que se encuentra la edad, como razón relevante que pudiera dar lugar a un tratamiento normativo diferente⁹¹. Ambos principios son concreciones del principio general de igualdad, pero, si bien la desigualdad no es siempre discriminatoria, la discriminación vulnera, siempre, el principio de igualdad.

⁸⁸ Por todas, STC 31/1984, de 7 de marzo, ECLI: ES: TC:1984/31: «... la utilización de la “edad” sin más razones como criterio de diferenciaciones salariales, estaría en contradicción con el mandato constitucional prohibitivo de la discriminación por razón de una circunstancia que ha de tenerse por incluida en la formulación genérica con la que se cierra el artículo 14 de la C. E. Cuando este factor de un mismo trabajo o de un trabajo al que se atribuye igual valor falta, el principio de igualdad de remuneraciones excluyente de discriminación subsumible en el indicado precepto constitucional no puede decirse que se quebrante».

⁸⁹ Vid. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., «La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 10.

⁹⁰ *Supra*, *vid.*, en el actual Capítulo, el epígrafe 2.1.

⁹¹ Vid. LAPORTA SANMIGUEL, F. J., «El principio de igualdad: Introducción...», *op. cit.*, pp. 14-15. Lo más importante del principio es que «(...) frente a rasgos irrelevantes no cabe hacer diferenciación en la consecuencia normativa, necesariamente determina también que cuando en las condiciones de aplicación de la norma aparezca un rasgo relevante diferenciador, mantener el tratamiento normativo igual, es decir, no diferenciar, sería incorrecto».

La discriminación por razón de la edad es especial y se distingue de otras formas de discriminación como el sexo o la raza. Estas dos últimas son características invariables en las personas susceptibles de discriminación, mientras que la edad ni es sospechosa de discriminación, ni va unida a rasgos físicos objetivos⁹². En este sentido, la discriminación por mayor edad es silenciosa y eficaz, de difícil identificación ya que no perjudica a un grupo en concreto. Es una característica de naturaleza dinámica, exenta de decisión personal, con efectos potencialmente negativos en todos los grupos, ya que, el solo transcurso del tiempo sitúa a todas las personas en este grupo discriminado, lo que ha podido derivar en que se asuman como normales los prejuicios asociados a la mayor edad.

En el ámbito laboral, el hecho de establecer diferencias de trato –discriminatorias– con base en la mayor edad supone no tener en cuenta otras características profesionales del trabajador, como el rendimiento, la productividad u otras aptitudes desarrolladas, paradójicamente, a lo largo del tiempo. Lo que resulta, al menos, arbitrario, tal vez segregante y, por tanto, reprochable⁹³. Por ello, tanto el Derecho europeo como el Derecho interno reconocen en la edad una causa de discriminación laboral.

Las particularidades de cada forma de discriminación determinan su conceptualización jurídica, así como la tutela legal que se le dispensa⁹⁴. En este sentido, la edad está expresamente contemplada como causa de discriminación en el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general en el empleo y la ocupación, que se transpuso al ordenamiento español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de 30 de septiembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁹⁵. Asimismo, además de en el artículo 14 CE, la interdicción de la discriminación por causa de la edad en el trabajo, se halla recogida en los artículos 4 y 17 ET. Y, más recientemente, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, *ex* artículo 2, reconoce, expresamente, «el dere-

⁹² MERCADER UGUINA, J. R., *Principio de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)*, Estudios de I+D+I, núm. 46, Madrid, 2009, pp. 1-10.

⁹³ El Convenio de la OIT núm. 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958, define la discriminación como «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación». Como se puede observar, no incluye la edad como factor de discriminación. Habrá que esperar hasta la Recomendación 162, sobre los trabajadores de edad, de 1980, que se aplica a todos los trabajadores que, por el avance de su edad, están expuesto a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación, que reconoce que «los trabajadores de edad deberían disfrutar, sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de otros trabajadores».

⁹⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación por edad: conceptos generales...», *op. cit.*, p. 75.

⁹⁵ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

cho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia (...) de si son menores o mayores de edad (...) Nadie podrá ser discriminado por razón de (...) edad».

La prohibición de discriminación por razón de edad es un principio general del Derecho europeo, lo que faculta a las personas legitimadas a exigir su cumplimiento. No obstante, este aspecto está modulado por las normas de aplicación. La insistencia del Tribunal de Luxemburgo en su naturaleza de principio, y no de derecho, puede ser «un artificio para lastrar la eficacia de los derechos concernidos»⁹⁶.

3. TIPOLOGÍAS DE DISCRIMINACIÓN

Aunque la discriminación en el empleo y la ocupación es rechazada de manera generalizada en numerosos textos normativos, continúa produciéndose y resulta muy difícil de paliar. Para poner fin a este tipo de conductas y, con ello, alcanzar la igualdad en el trabajo, es imprescindible identificar qué es lo que hay que erradicar y cómo conseguirlo. En este sentido, tanto la normativa como la doctrina y la jurisprudencia distinguen diferentes modalidades de discriminación, cuyo conocimiento y aplicación son esenciales para la identificación de las conductas segregantes y su posterior valoración.

3.1 Discriminación directa y discriminación indirecta

El TC diferenció por primera vez la discriminación directa de la indirecta en la Sentencia 145/1991, de 1 de julio⁹⁷. Por un lado, configuró como discriminación directa aquel «tratamiento diferenciado perjudicial en razón de sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa». Por otro lado, calificó de discriminación indirecta «los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonable-

⁹⁶ CABEZA PEREIRO, J., «Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad», en VV. AA. (Coords.: BALLESTER PASTOR, M. A.), *La Transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 239-260.

⁹⁷ STC 145/1991, de 1 de julio, ECLI: ES: TC:1991:145. Tras esta sentencia, el TC ha utilizado el concepto en multitud de ocasiones, *vid.* SSTC 147/1995, de 16 de octubre, ECLI: ES: TC:1995:147; 240/1999, de 20 de diciembre, ECLI: ES: TC:1999:240; y 250/2000 de 30 de octubre, ECLI: ES: TC:2000:250, entre otras.

mente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo».

El Derecho de la UE define igualdad de trato como «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta»⁹⁸. Atendiendo a las definiciones de las Directivas antidiscriminatorias –artículos 2.2 de la Directiva 2000/43/CE, 2.1 de la Directiva 2006/54/CE y 2.2 de la Directiva 2000/78/CE–, concurre discriminación directa cuando una persona, por razón de su origen racial o étnico, sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual es, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga⁹⁹. Esta definición se construye con base en tres elementos: el primero –«una persona sea tratada»– alude a la situación real y de presente de una persona; el segundo –«en una situación análoga»– es un término de comparación que requiere un *tertium comparationis*; finalmente, el tercer elemento –el trato «menos favorable»– apunta a que debe existir un perjuicio entre los elementos comparados¹⁰⁰.

En el ámbito interno, el artículo 6 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, ofrece una definición de discriminación directa muy completa, a cuyo tenor, «a) La discriminación directa es la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas previstas (...). Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad. A tal efecto, se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

Aun cuando las normas mencionadas no establecen diferenciación alguna, la discriminación directa puede ser calificada, además, como discriminación directa abierta o discriminación directa oculta o encubierta¹⁰¹.

⁹⁸ Artículo 2.1 Directiva 2000/43/CE y artículo 2.1 Directiva 2000/78/CE.

⁹⁹ Conforme el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/43/CE y el artículo 2.1.a) de la Directiva 2006/54/CE, concurre discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico o por su género, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable. El artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78 reproduce la regla si bien referidas a la discapacidad, edad, religión o convicciones u orientación sexual. Esta definición fue recogida por primera vez por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

¹⁰⁰ *In extenso*, vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación por edad: conceptos generales...», *op. cit.*, pp. 79-80.

¹⁰¹ STC 198/1996, de 3 de diciembre, ECLI: ES: TC:1996:198.

La discriminación directa es abierta cuando la diferencia de trato es manifiesta y se produce por la adscripción del sujeto pasivo a uno de los grupos anteriormente referidos. El ejemplo paradigmático de discriminación abierta es la que se denunció en el asunto *Feryn*¹⁰², en el que una empresa de montaje de puertas publicó en su oferta de empleo que no contrataría a extranjeros. El empresario para justificar la medida alegó que era una exigencia de sus clientes. El Tribunal de Luxemburgo zanjó la cuestión prejudicial planteada aduciendo que ese interés del empresario no justificaba una política de contratación discriminatoria. En relación a la mayor edad, el sujeto activo de la conducta discriminatoria toma abiertamente en consideración la edad como elemento determinante de prejuicios hacia las personas de edad avanzada, que se manifiesta, por ejemplo, en las condiciones de acceso al empleo, en las de trabajo o en la extinción contractual¹⁰³. Afortunadamente, la discriminación abierta ya no es usual pues, con el transcurso del tiempo, la discriminación ha pasado a configurarse como un acto odioso, social y jurídicamente reprochable, por lo que pocas discriminaciones se realizan ya directa y abiertamente.

La discriminación directa, en ocasiones y aunque resulte paradójico, se puede manifestar de forma encubierta, cuando la diferencia de trato, se produce, en principio, por motivos justificados, aunque realmente es la circunstancia personal o social la que ha sido decisiva para el trato discriminatorio. El sujeto activo fundamenta entonces su conducta segregante en criterios neutros, ocultando el motivo real; pero, lo hace, de manera inconsciente, guiado por prejuicios o por estereotipos sociales, sin que el autor perciba, realmente, que está discriminando. Aunque el sujeto no tiene esa intención –y no existe dolo–, ello no impide que se produzca una suerte de discriminación, vulnerándose, igualmente, el derecho a no ser discriminado. En efecto, en ocasiones, se oculta detrás de una discriminación directa la mayor edad, por ejemplo, cuando el sujeto activo de la conducta exige determinadas características o circunstancias que las personas de una determinada edad no pueden cumplir, dando lugar a una discriminación directa encubierta¹⁰⁴.

Por su parte, siguiendo con las definiciones de la normativa europea y del ordenamiento interno¹⁰⁵, concurre discriminación indirecta, en el caso de criterios, disposiciones o prácticas –disposición legal o reglamentaria, cláusula convencional o contractual, pacto individual, decisión unilateral– formalmente

¹⁰² Asunto *Feryn*, STJUE de 10 de julio de 2008, C-54/07, EU: C:2008:397.

¹⁰³ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación por edad: conceptos generales...», *op. cit.*, p. 81.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Artículo 4 Ley 15/2022, de 13 de julio, artículo 28.1.c) Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y artículo 6.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

neutras, pero que suponen una desventaja para personas que pertenecen a ciertos colectivos sociales respecto al resto, salvo que esta desventaja esté justificada objetivamente en una finalidad legítima y que los medios utilizados para alcanzar ese fin sean adecuados y necesarios ¹⁰⁶.

La medida o norma que en principio no resulta sospechosa por discriminatoria, puesto que no utiliza los rasgos susceptibles de discriminación, emerge como tal por el impacto negativo que tiene sobre el colectivo estigmatizado. Para evitar el sesgo discriminatorio será necesario acreditar que la medida, aparentemente neutra, es proporcionada y necesaria en el sentido de que no se puede alcanzar el objetivo perseguido a través de otras medidas menos perjudiciales ¹⁰⁷.

El TJCE, en el año 1974, mucho antes de que las directivas europeas hicieran referencia a la discriminación indirecta, ya había utilizado el concepto. Así, en la resolución del asunto *Sotgiu* ¹⁰⁸, por vez primera, el Alto Tribunal europeo señaló que las discriminaciones por razón de nacionalidad no se limitaban a las discriminaciones directas, sino que alcanzaba también a aquellas conductas que, suponiendo la aplicación de criterios aparentemente neutros, producían un resultado que en la mayoría de las ocasiones perjudicaba a los no nacionales del país, sin justificación alguna.

No es una cuestión pacífica entre la doctrina que deba concurrir la finalidad de discriminar –entendiendo como finalidad la intención oculta de perjudicar al colectivo vulnerable– para que la norma sea contraria a Derecho. Un sector doctrinal considera que, para que la discriminación indirecta se produzca, no es necesario que exista esa intención, de tal forma que la medida resultará contraria al principio de no discriminación, independientemente de la intención ¹⁰⁹. Es más, si existiese esa intención velada de discriminar estaríamos en presencia de discriminación directa encubierta, es decir, una medida sin finalidad aparentemente discriminatoria pero que realmente encubre una intención oculta de perjudicar a los miembros de colectivos vulnerables ¹¹⁰. De acuerdo con esta posición doctrinal, cualquier norma que provoque un efecto

¹⁰⁶ Artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/43/CE, artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE, y artículo 2.2.b) de la Directiva 2000/78/CE.

¹⁰⁷ En este sentido, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., «Igualdad y no discriminación», en AA. VV. (Coords.: RODRÍGUEZ SANUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 263-327.

¹⁰⁸ Asunto *Sotgiu*, STJCE de 12 de febrero de 1974, C-152/73, EU: C:1974:13.

¹⁰⁹ GIMÉNEZ GLUCK, D., «La Discriminación múltiple en el derecho de la Unión», *Revista de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013, p. 120.

¹¹⁰ En este sentido, *vid.* SAÉZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994, p. 107, o BALLESTER PASTOR, M. A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 44-45.

desfavorable en algún colectivo vulnerable o especialmente protegido, con independencia de su finalidad, no sería ajustada a Derecho y, por tanto, sería reprochable. En este sentido, serían expulsadas del ordenamiento jurídico sin necesidad de demostrar su objetividad, una ventaja para los colectivos desfavorecidos ¹¹¹.

Sin embargo, atendiendo tanto a la jurisprudencia del TJUE como de otros Tribunales, entre ellos el TC, así como a las definiciones contenidas en las Directivas de igualdad, no parece correcto interpretar que la discriminación indirecta pueda obviar la intención discriminatoria de la medida cuestionada ¹¹². La discriminación indirecta –como también lo es la discriminación directa encubierta– es una técnica que pretende desvelar medidas aparentemente neutras pero cuya auténtica finalidad se revela perjudicial para los miembros de los colectivos afectados ¹¹³. De hecho, en sus resoluciones sobre discriminación indirecta, el TJUE insiste en que si la desigualdad de trato es ajena a cualquier intención discriminatoria puede ser compatible con el Derecho de la UE ¹¹⁴. El impacto desfavorable de la medida cuestionada no es suficiente para que esta sea contraria a Derecho, pero coloca a la norma en una situación de presunción, *iuris tantum*, de que su intención oculta es la de perjudicar a colectivos vulnerables, de manera que, si se logra demostrar que este impacto adverso no tiene como finalidad perjudicarles, la norma será válida y adecuada.

La discriminación indirecta y la discriminación directa oculta resultan, ciertamente, similares y diferenciarlas es, cuando menos, difícil. A tal efecto, debe prevalecer que el concepto de discriminación indirecta no gira en torno a meras conductas del sujeto activo, como la discriminación oculta, sino que va más allá, poniendo en evidencia normas en principio neutras, pero condicionadas por desigualdades.

Por lo que a este estudio interesa, en el ámbito específico del acceso al empleo, la discriminación indirecta tiene lugar cuando al aplicar criterios de selección aparentemente neutros se perjudica a un colectivo protegido por la normativa antidiscriminatoria, en comparación con otros, sin que sea posible aducir justificación objetiva alguna para la aplicación de tales criterios. La comparación no se realiza entre individuos personalizados, sino entre colectivos en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes indivi-

¹¹¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., «La Discriminación múltiple en el derecho de la Unión...», *op. cit.*, p. 120.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en el asunto *Kording*, STJUE de 2 de octubre de 1997, C-100/95, EU: C:1997:453.

duales, o lo que es lo mismo, entre grupos integrados, en su mayoría, por personas que pertenecen a categorías altamente protegidas por el artículo 14 CE, susceptibles de discriminación¹¹⁵. Para determinar si existe discriminación indirecta, habrá que examinar si los efectos adversos de la medida, potencialmente discriminatoria, afectan a un número superior de integrantes de un colectivo vulnerable que recibe un tratamiento perjudicial –efecto colectivo grave y persistente–. Si así sucede, el empleador deberá probar que la medida neutra cuestionada tiene un objetivo, también neutro, ajeno a la discriminación del colectivo perjudicado, y que su uso responde, por poner un ejemplo, a una verdadera necesidad empresarial que, además es proporcional a la finalidad perseguida¹¹⁶. La clave será descubrir si lo que parece una medida de diferenciación razonable no está encubriendo una discriminación contraria al artículo 14 CE. En este sentido, el TC ha considerado que el impacto adverso es suficiente para presumir la intención discriminatoria¹¹⁷: «Como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el artículo 14 CE, no resulta en todo caso necesario aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos los términos de comparación, lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 CE, debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el artículo 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que «implica que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato (...) y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso las mujeres–, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar,

¹¹⁵ STC 253/2004, de 22 de diciembre, ECLI: ES: TC:2004:253.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la mujer trabajadora», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1991, pp. 3-10.

¹¹⁷ STC 240/1999, de 20 de diciembre, ECLI: ES: TC:1999:240.

en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE» –STC 145/1991, fundamento jurídico 2.º–. Para ello deberá atender necesariamente a los «datos revelados por la estadística» –STC 128/1987–».

La discriminación indirecta ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte del TJUE, señaladamente en el campo de la discriminación por sexo, que es donde principal e inicialmente se desarrolló este tipo de discriminación¹¹⁸. Así, por ejemplo, se han considerado discriminatorias normas de Derecho interno que establecían condiciones de trabajo desfavorables para los trabajadores a tiempo parcial –sin distinción de sexo– al conformar los trabajadores a tiempo parcial un grupo feminizado, frente al colectivo de trabajadores a tiempo completo¹¹⁹. Para el Alto Tribunal, dichas normas reguladoras del trabajo a tiempo parcial parecían tener como finalidad oculta discriminar a las mujeres, por lo que necesitarían, en su caso, de una justificación especial¹²⁰. Otros pronunciamientos en los que el Tribunal de Luxemburgo ha apreciado discriminación indirecta han sido el asunto *Jenkins*¹²¹, sobre diferencia salarial entre trabajadores a tiempo completo y tiempo parcial; el asunto *Kowalska*¹²², sobre indemnizaciones por despido colectivamente negociadas; el asunto *Gerster*¹²³ sobre antigüedad; el asunto *Seymour-Smith*¹²⁴, también sobre la exigencia de un periodo de empleo mínimo de dos años para tener acceso a la protección por despido improcedente; finalmente, el asunto español OH y ER¹²⁵, en relación al Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que, para calcular la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos excluía los periodos del año no trabajados.

¹¹⁸ En este sentido, vid. el asunto *Bilka*, STJCE de 13 de mayo de 1986, C-170/84, EU: C:1986:204, en relación con la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial de un plan de pensiones de empresa; o, más reciente, el asunto *Schuch-Ghannadan*, STJUE de 3 de octubre de 2019, C-274/18, EU: C:2019:828, en relación con la duración máxima, más larga, de la sucesión de contratos de duración determinada para trabajadores a tiempo parcial; en relación al acceso a la pensión de jubilación, en el asunto Elbal Moreno, STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, EU: C:2012:746, el TJUE dictaminó que la legislación española en materia de pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial era discriminatoria, al exigir un período de cotización proporcionalmente más elevado a estos trabajadores, en su mayor parte mujeres; en la misma línea, más reciente, el asunto Villar Láiz, STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18, EU: C:2019:382.

¹¹⁹ *In extenso*, vid. BALLESTER PASTOR, M. A., «Género, trabajo a tiempo parcial y sistema de Seguridad Social: una relación por construir», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ LÓPEZ, J.), *Derechos @ género*, Bomarzo, Valencia, 2019, pp. 109 y ss.

¹²⁰ GIMÉNEZ GLUCK, D., «La Discriminación múltiple en el derecho de la Unión...», *op. cit.*, p. 123.

¹²¹ Asunto *Jenkins*, STJUE de 31 de marzo de 1981, C-96/80, EU: C:1981:80.

¹²² Asunto *Kowalska*, STJUE de 27 de junio de 1990, C-33/89, EU: C:1990:265.

¹²³ Asunto *Gerster*, STJUE de 2 de octubre de 1997, C-1/95, EU: C:1996:393.

¹²⁴ Asunto *Seymour-Smith*, STJUE de 9 de febrero de 1999, C-167/1999, EU: C:1999:60.

¹²⁵ Asunto OH y ER, Auto del TJUE, de 15 de octubre de 2019, C439/18 y C472/18, EU: C:2019:858.

La edad del trabajador también ha determinado el planteamiento de múltiples cuestiones prejudiciales ante el TJUE, habida cuenta criterios, prácticas y normativas nacionales de los Estados miembros¹²⁶. Cuando un trabajador sufre una diferencia de trato por razón de su edad, en aplicación de un criterio aparentemente neutro pero que causa un impacto claramente negativo sobre todo el colectivo de trabajadores de edad madura, se está produciendo una discriminación indirecta por esa causa. Ello exigirá, en su caso, la justificación de la medida en términos de objetividad, razonabilidad, adecuación y necesidad.

El concepto de discriminación indirecta centra su atención en la realidad de los hechos, lo que tiene consecuencias a la hora de probar el impacto adverso de la desigualdad y, asimismo, en la posibilidad de utilizar estadísticas¹²⁷. Asimismo, cuando la diferenciación causa una exclusión muy amplia, aunque no absoluta, sobre un colectivo vulnerable, paradójicamente, demostrar la discriminación indirecta es más difícil que sustanciar casos que afecten a un menor número de individuos de otros grupos vulnerables. Por poner un ejemplo, puede resultar más fácil demostrar la discriminación indirecta que afecte a una minoría religiosa, que la discriminación por razón de raza o de sexo, que afecta a un número amplio de mujeres, que si bien no da lugar a una expulsión total del trabajo si produce disminución de derechos o distorsiones laborales¹²⁸. En este sentido, la primera de las modalidades analizadas a continuación¹²⁹, la discriminación múltiple que afecta a las mujeres negras, es un buen ejemplo de esa dificultad.

3.2 Discriminación múltiple: una referencia especial a las mujeres maduras

Discriminar, como ya se ha dicho, es, concurriendo las mismas circunstancias, tratar a una persona de manera menos favorable que otra, por causas diversas. De manera general, la discriminación se produce por una sola causa o factor discriminatorio. Sin embargo, al estudiar la casuística discriminatoria, llama la atención una categoría, muy de actualidad por su vinculación a colec-

¹²⁶ *Infra, vid.* Capítulo III, epígrafe 1.1.

¹²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los contornos de la discriminación», *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, núm. 5, 2022, pp. 19-27.

¹²⁸ TOMEI, M., «Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo», *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 122, núm. 4, 2003, pp. 441 ss.

¹²⁹ *Infra, vid.*, en el actual capítulo, el epígrafe 3.2.

tivos desfavorecidos, en la que se combinan varios motivos discriminatorios, desvelándose una discriminación plural¹³⁰. Es la llamada discriminación múltiple, en la que al menos dos factores discriminatorios actúan de manera conjunta.

La doctrina ha definido la discriminación múltiple, en un sentido amplio, como aquella que «afecta a determinadas personas por concurrir en ellas dos o más factores de discriminación, *v. gr.*, por razón de sexo y religión, raza y edad, sexo y discapacidad, etc.»¹³¹, o «aquella que sufre una persona sobre la base de más de un motivo»¹³². Así, por ejemplo, una mujer discapacitada, un anciano homosexual, una mujer de etnia gitana, un extranjero musulmán, una mujer de edad avanzada, etc., en todos ellos concurre más de un rasgo o característica discriminatoria, por lo tanto, son susceptibles de discriminación múltiple.

El dato fundamental para poder calificar de múltiple esta forma de discriminación es que las distintas causas se manifiesten al mismo tiempo, interrelacionándose. En este sentido, es necesario que esta combinación de causas acarree una problemática distinta de la discriminación simple, ya regulada por el Derecho discriminatorio tradicional y, tutelada adecuadamente, valorándose la situación desde una perspectiva integral¹³³. En efecto, la existencia de diversas manifestaciones discriminatorias a lo largo del tiempo, sin más, no puede calificarse de discriminación múltiple, a no ser que exista un nexo de unión entre ellas del que derive un tipo discriminatorio agravado¹³⁴.

En la discriminación múltiple, los motivos discriminatorios coexisten, diferenciándose, a su vez, dos subtipos. La doctrina los ha denominado discriminación acumulativa y discriminación interseccional, dependiendo de la forma en que concurren las causas de discriminación y la interrelación que se produzca entre ellas¹³⁵.

La discriminación acumulativa o adicional tiene lugar cuando se discrimina a una persona por más de un factor, de modo que la suma de causas agrava su situación, ya de por sí, vulnerable. Por poner un ejemplo, cuando

¹³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple», *Diario La Ley*, núm. 8751, 2015, pp. 1-9.

¹³¹ BENGOCHEA GIL, M. A., *La lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo*, Colección Debante núm. 10, Dykinson, Madrid, 2010, p. 8.

¹³² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple...», *op. cit.*, pp. 1-9.

¹³³ FERRANDO GARCÍA, M. F., «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 428, 2018, pp. 19-53.

¹³⁴ REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, p. 265.

¹³⁵ *Ibidem*.

para acceder a un empleo, se exige que concurren en el candidato ciertos requisitos, como no superar una edad determinada y, a la vez, aportar experiencia laboral en el Estado en el que se ofrece empleo. Pues bien, tales requerimientos impedirán que ciertos candidatos, como los inmigrantes de mayor edad, puedan superar el proceso de selección para acceder al puesto en cuestión, originándose una situación de discriminación múltiple acumulativa. En efecto, la suma de las causas de discriminación concurrentes ha empeorado la situación del demandante de empleo. Otro ejemplo de este subtipo discriminatorio podría ser el caso de una mujer discapacitada candidata a un determinado puesto de trabajo. Si para acceder al puesto en cuestión se discrimina a alguna mujer por el hecho de ser mujer y también se excluye a algún hombre por su discapacidad, la mujer discapacitada tendrá la mitad de posibilidades de ser contratada que cualquiera de aquellos dos, ya que podrá ser doblemente discriminada por el empresario al concurrir en su persona las dos causas discriminatorias que excluyeron, cada una de ellas, a los otros dos candidatos, esto es, su sexo femenino y su discapacidad. Por tanto, su situación se ve agravada por acumulación de causas discriminatorias ¹³⁶.

Con todo, desde el punto de vista jurídico, la discriminación múltiple acumulativa, para ciertos autores, no es una categoría que sume ventajas al concepto tradicional, ya que cualquiera de las causas sería susceptible de apreciación, sin que tengan que mostrarse conjuntamente para apreciar la discriminación ¹³⁷. No obstante, tampoco sería irrelevante, pues en casos de vulneración del derecho a la igualdad de trato, la acumulación de causas discriminatorias puede justificar las sanciones o indemnizaciones pecuniarias más elevadas ¹³⁸.

El otro subtipo de discriminación múltiple es la llamada discriminación interseccional. Tiene lugar cuando concurren dos o más factores discriminatorios con un nexo de unión, de tal modo que estos se interrelacionan y dan lugar a una nueva y única forma de discriminación. Las causas discriminatorias interaccionan de manera que son inseparables, generando un efecto diferente, que permanecería invisible de considerarse separadamente los factores de discriminación que convergen en la víctima ¹³⁹. Así, en este tipo de supuestos, es

¹³⁶ El ejemplo es recogido por LAMA AYMÀ, A., «Discriminación múltiple», *Anuario de Derecho Constitucional*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, p. 278.

¹³⁷ *In extenso*, vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pp. 125-140.

¹³⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «El género como categoría y las categorías de género», *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010, p. 109.

¹³⁹ FERRANDO GARCÍA, M. F., «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral...», *op. cit.*, pp. 19-53.

esencial que las causas que han dado lugar a la discriminación se analicen en su conjunto y transversalmente, porque si se analizan por separado, de forma autónoma, no se hallará discriminación alguna, permaneciendo encubierta. Sin embargo, al analizarse de forma integral, se podrá observar que los factores discriminatorios interactúan, surgiendo una situación discriminatoria única y diferente que, de otra forma, quedaría velada, o invisible ¹⁴⁰.

El ejemplo paradigmático de discriminación interseccional es el de la mujer negra que es marginada por dos factores discriminatorios que en ella concurren, la raza negra y el sexo femenino. La investigadora *Crenshaw Williams* realizó un meticuloso estudio de esta situación y, en concreto, analizó la demanda interpuesta por un grupo de trabajadoras negras a su empleador, la empresa *General Motors* ¹⁴¹: Estas trabajadoras, que, bien no fueron contratadas, bien no fueron ascendidas, según cada caso, alegaban que, en relación con el resto de los empleados y empleadas de la empresa, habían sido discriminadas por la concurrencia en ellas de dos causas de discriminación, la raza y el sexo. El Tribunal que dirimió el asunto falló que no fueron discriminadas por razón de sexo, puesto que otras mujeres blancas habían sido contratadas o ascendidas. Asimismo, se consideró que tampoco fueron discriminadas por el color de su piel, puesto que hombres de raza negra habían sido contratados o ascendidos. No obstante, la discriminación sí existió. Si se analiza el caso desde la perspectiva de cada una de las causas de discriminación, de forma autónoma, estas quedan ciertamente desvirtuadas. Sin embargo, al estudiarlo de manera transversal, como discriminación múltiple, se aprecia que las mujeres negras habían sido discriminadas en el acceso al empleo o en su promoción profesional ¹⁴². Esa discriminación quedó oculta, escondida entre dos factores, que considerados individualmente no resultaban, en este caso, discriminatorios, pero que, analizados transversalmente, en su conjunto, revelaron la existencia de discriminación ¹⁴³.

A juicio de algunos autores, la discriminación acumulativa no deja de ser discriminación interseccional, pues en ambos subtipos operan varios factores discriminatorios que, de alguna manera, interactúan ¹⁴⁴. Con todo, lo realmente importante es que el concepto de discriminación múltiple permite poner de

¹⁴⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión...», *op. cit.*, pp. 125-140.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² FERRANDO GARCÍA, M. F., «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral...», *op. cit.*, pp. 19-53.

¹⁴³ LAMA AYMÀ, A., «Discriminación múltiple...», *op. cit.*, p. 275.

¹⁴⁴ REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo...», *op. cit.*, p. 266.

manifiesto las consecuencias de la acumulación de causas discriminatorias. Esta construcción doctrinal pretende dar una mejor protección a aquellos grupos que, como consecuencia de la combinación de «diferentes características personales, resultan especialmente vulnerables a sufrir una discriminación por varios motivos»¹⁴⁵.

La identificación de esta forma de discriminación derivada de la concurrencia de varios factores estigmatizados que, a su vez, sustentan una desigualdad determinada por un perjuicio, y no por comparación, siguiendo a Lousada Arochena, ha supuesto «un nuevo avance dogmático en el tránsito desde una concepción de la igualdad de trato basada en un test de comparación hacia una concepción de la igualdad de trato basada en un test de perjuicio, que adecuadamente utilizado, permitirá mejorar la aplicación práctica de la igualdad de trato»¹⁴⁶. Asimismo, la doctrina de la discriminación múltiple interseccional ha adquirido una gran relevancia como consecuencia de la inmigración y la globalización. Este tipo discriminatorio está vinculado a los fenómenos de exclusión social de determinados grupos desfavorecidos, así como a la aparición de nuevas manifestaciones de discriminación, precisando de una tutela específica fundamentada en el concepto de estigma estructural¹⁴⁷.

El concepto «discriminación múltiple» se halla en pleno proceso de expansión. Apareció, por vez primera, en textos internacionales, en el año 2001, tras la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que tuvo lugar de Durban-Sudáfrica¹⁴⁸. En el año 2009, en la Conferencia de Examen de la Declaración de Durban¹⁴⁹ celebrada en Ginebra, se hace referencia a la discriminación múltiple como una combinación del factor de sexo/género con los otros motivos de discriminación. Asimismo, también se pueden encontrar referencias a esta nueva forma de discriminación en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad –de 2006– y en la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas –de 2007–. El concepto utilizado en estos textos no coincide con la concepción de interseccionalidad¹⁵⁰, más arriba descrita, pues

¹⁴⁵ LAMA AYMÀ, A., «Discriminación múltiple...», *op. cit.*, p. 278.

¹⁴⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones...», *op. cit.*, pp. 125-140.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple...», *op. cit.*, pp. 1-9.

¹⁴⁸ Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban –Sudáfrica–, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

¹⁴⁹ Conferencia de Examen de la Declaración de Durban, Ginebra, del 20 al 24 de abril de 2009.

¹⁵⁰ El término interseccional es muy utilizado en el derecho anglosajón, pero no lo es tanto en el Derecho de la UE, que prefiere el término discriminación múltiple.

esta se reconduce a la mera existencia de varias causas de discriminación, que pueden ser simultáneas o no, y que pueden interactuar entre ellas o no ¹⁵¹.

El primer Programa Transversal de Igualdad de Género que puso en marcha el Consejo de Europa –en 2012– tuvo como resultado el establecimiento de la Estrategia de Igualdad de Género 2014-2017, que pretendía promover el enfoque global e integral de la igualdad de género en cinco ámbitos de actuación prioritarios: combatir los estereotipos de género y el sexismo; prevenir y combatir la violencia contra las mujeres; garantizar el acceso igualitario de las mujeres a la justicia; conseguir una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones tanto políticas como públicas; conseguir la transversalidad de género en todas las políticas y medidas. En todos ellos, se integrará la cuestión de la discriminación múltiple. La Estrategia de Igualdad de Género 2018-2023 ha incorporado un sexto objetivo: proteger los derechos de las mujeres y las niñas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo ¹⁵². La nueva Estrategia se refiere expresamente a las causas interseccionales de discriminación, que, según indica, se abordarán cómo una cuestión transversal en los objetivos prioritarios. Un tratamiento que responde a una nueva visión –más allá de la discriminación múltiple ¹⁵³– que agrupa las múltiples identidades y la discriminación interseccional por razones de origen étnico, edad, discapacidad, orientación sexual o identidad de género, entre otros.

Por su parte, el CEDH alberga, en su artículo 14, una extensa cláusula de igualdad, que prohíbe distinciones «por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», lo que podría facilitar la recepción del concepto de discriminación múltiple ¹⁵⁴. En este sentido, conviene destacar el reconocimiento por el TEDH ¹⁵⁵ de este tipo discriminatorio –en aplicación, precisamente, del

¹⁵¹ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones...», *op. cit.*, pp. 125-140.

¹⁵² Estrategia para la igualdad de género 2018-2023 del Consejo de Europa, Accesible en <https://rm.coe.int/estrategia-de-igualdad-de-genero-del-coe-es-msg/16808ac960Una>. Consultado por última vez el 20 de septiembre de 2022.

¹⁵³ La Recomendación CM/Rec. (2007)17 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, en el apartado 59 indica que «algunos grupos de mujeres se encuentran en una situación particularmente vulnerable, debido a la combinación de su sexo con otros factores, en particular, su raza, color, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, situación financiera, nacimiento o cualquier otra situación. Además de la discriminación por razón de sexo, estas mujeres están frecuentemente sometidas a uno o varios tipos de discriminación de otra índole de manera simultánea».

¹⁵⁴ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión...», *op. cit.*, pp. 125-140.

¹⁵⁵ El TEDH es el Tribunal encargado de enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el CEDH, así como en sus protocolos. El artículo 34 del Convenio establece que el Tribunal

artículo 14 CEDH–, a través de la valoración integral, abierta y flexible de las causas de discriminación referidas.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado la existencia de discriminación múltiple en dos de sus resoluciones, en las que se aprecia la discriminación por razón de sexo, como eje transversal, en concurrencia con otros factores. Una de ellas es la que resuelve el asunto *B. S. vs. España*, STEDH de 24 de julio de 2012, que se refiere a la discriminación múltiple por razón de género y por origen étnico. Pero, por lo que a este estudio interesa, la más relevante es la resolución del caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*¹⁵⁶, en la que el fallo declara la existencia de discriminación múltiple por razón sexo en concurrencia con la causa de la edad.

Este litigio trae causa en la demanda interpuesta por la Sra. *Carvalho Pinto de Sousa Morais*, una mujer de 50 años de edad, a la que, por un error médico-quirúrgico, le seccionaron el nervio pudiendo. Las consecuencias del error derivaron en dolores al andar y sentarse, incontinencia urinaria y la imposibilidad de mantener relaciones sexuales. El caso, tras el recorrido procesal pertinente, llegó al Tribunal Supremo Portugués, que redujo una primera indemnización que se le había concedido para contratar un servicio de ayuda en el hogar que realizara las tareas domésticas, de 16.000 euros a 6.000 euros. El Alto Tribunal Portugués sustentó esta decisión en que la demandante no necesitaba el servicio doméstico a jornada completa, ya que, dada la edad de sus dos hijos, esta «solo debe cuidar de su esposo», asumiendo un estereotipo de género evidente en relación con el tradicional reparto de roles entre hombres y mujeres. Asimismo, redujo una segunda indemnización, de 80.000 euros a 50.000 euros, aduciendo, en este caso, que, debido a la edad de la demandante –50 años– y la existencia de dos hijos en el matrimonio, esta «tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad».

El asunto llegó al Tribunal de Estrasburgo, que declaró la existencia de una discriminación por sexo y por edad. El TEDH considera en su resolución que el Tribunal Supremo Portugués ignora a la mujer como persona, al afirmar que, para una mujer de 50 años, con dos hijos, el sexo no es tan importante como para una mujer joven. En este sentido, el Tribunal nacional vincula la sexualidad con la función biológica reproductiva, ignorando la importancia, tanto física como psicológica, de la sexualidad para todas las personas, con

«podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos».

¹⁵⁶ STEDH de 25 de julio de 2017, caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais*.

independencia de su edad. El TEDH, por otro lado, hace referencia, en la sentencia, a otros dos asuntos controvertidos dirimidos por el mismo Tribunal interno. En esos otros dos casos, el error médico también había provocado dificultades para la realización del acto sexual. Por ello, y por el «tremendo shock causado» en los demandantes, el Tribunal Supremo Portugués decidió elevar las indemnizaciones solicitadas. Hay que destacar que, en los dos casos que el TEDH trae a colación en su resolución, los demandantes eran varones que superaban la cincuentena ¹⁵⁷.

El TEDH consideró que el sexo y la edad de la demandante fueron determinantes en la decisión del Tribunal Supremo Portugués que redujo las indemnizaciones, transgrediendo los artículos 8 –Derecho y respeto por la vida privada y familiar– y 14 –prohibición de discriminación– del CEDH. Es evidente la contaminación de los magistrados del Tribunal Portugués por estereotipos de género. En particular, cuando atribuyen a la mujer la realización de las tareas domésticas y el cuidado de sus hijos y su esposo y, asimismo, al asociar la sexualidad femenina con la procreación. Estos estereotipos sociales se refuerzan al interseccionar el género con la edad, lo que provoca que el Tribunal minusvalore la sexualidad de la demandante, al ser una mujer de 50 años de edad. El fallo del Tribunal de Estrasburgo es muy relevante porque admite la existencia de discriminación múltiple por la confluencia de dos causas discriminatorias –en este caso, el género y la edad– lo que sin duda allana el camino para que otros tribunales pongan en valor y reconozcan este tipo de discriminación ¹⁵⁸.

A diferencia del CEDH, que cuenta con una cláusula de igualdad, abierta y extensa, el Derecho de la UE tan solo prohíbe causas de discriminación tasadas –sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual– ¹⁵⁹. Ninguna de las Directivas de igualdad reconoce expresamente, en su parte articulada, la discriminación múltiple, aunque se pueden encontrar referencias a la misma en los preámbulos o exposiciones de motivos: Así, en el Considerando 14 de la Directiva 2000/43/CE, a cuyo tenor, «En la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar

¹⁵⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de Igualdad de género», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, núm. 2, 2019, pp. 39-49.

¹⁵⁸ Hay que señalar que la sentencia del TEDH no contó con la unanimidad del Tribunal. Hubo dos votos particulares que argumentaron que, del contenido de las sentencias portuguesas recurridas se podía extraer que hubo discriminación, pero solo por razón de edad.

¹⁵⁹ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión...», *op. cit.*, pp. 125-140.

la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples»; o, de forma similar, en el Considerando 3¹⁶⁰ de la Directiva 2000/78/CE. Y se hallan referencias, así mismo, en la Estrategia Marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos de 2005¹⁶¹, y en el Dictamen del Comité de las Regiones sobre «no discriminación e igualdad de oportunidades y aplicación del principio de igualdad de trato de las personas»¹⁶², del año 2009. Este último aborda expresamente la cuestión de la discriminación múltiple y afirma que «la legislación europea debería tener más presente la discriminación múltiple, sobre todo a través de una definición clara de este fenómeno, para proteger a los grupos e individuos que tienen riesgo de sufrir discriminación múltiple –inmigrantes, en especial mujeres y niños, niños romaníes, menores no acompañados, solicitantes de asilo, personas con discapacidad y con problemas de salud mental, personas mayores pertenecientes a minorías étnicas, etc.– y atender a sus necesidades»¹⁶³.

Cabría pensar, pues, a la vista de estas referencias, que la UE protege dicha forma de discriminación. En este sentido, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 17 de enero de 2014, refleja el hecho de que «las Directivas no recogen ninguna disposición específica sobre las discriminaciones múltiples, pero (...) se refieren al hecho de que a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples», de modo que «las Directivas

¹⁶⁰ Este recuerda que, «En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples».

¹⁶¹ En ella se afirma que «en consonancia con el principio de integración de la igualdad entre los sexos en otras políticas, la UE debe tomar en consideración las distintas formas de discriminación que sufren las mujeres y los hombres por razones vinculadas a su raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En algunos ámbitos, puede ser pertinente la aplicación de un enfoque integrado para combatir la discriminación y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, que tenga en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos». Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de junio de 2005, «Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos», COM (2005) 224, DO C 236, de 24 de septiembre de 2005.

¹⁶² Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema «no discriminación e igualdad de oportunidades y aplicación del principio de igualdad de trato de las personas», DO C 211/12, de 4 de septiembre de 2009.

¹⁶³ En el mismo informe, en el apdo. 50, se solicita que «en el marco de las políticas de los entes locales y regionales, se promocionen y apoyen los centros y observatorios especializados en políticas de igualdad, con competencias para ocuparse de todas las causas de discriminación, salvaguardar los derechos de las personas que, por reunir diversas características e identidades, pueden ser objeto de discriminación múltiple, ayudar a las víctimas, realizar encuestas, publicar informes sobre la discriminación múltiple y desempeñar todas las funciones en los ámbitos que cubre la propuesta de directiva».

ya contemplan la combinación de dos o más motivos de discriminación»¹⁶⁴. Asimismo, el nuevo Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 19 de marzo de 2021, también recoge las aclaraciones realizadas por el TJUE sobre nuevos tipos de discriminación. Así, la discriminación puede estar basada en una sola característica protegida o en una combinación de varios motivos que, bien operen por separado –discriminación acumulativa–, o bien que interactúen entre sí simultáneamente de forma que resulten inseparables –discriminación interseccional–¹⁶⁵. No obstante, el TJUE también declaró, en el asunto *Parrish*, que «no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, (...) cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado»¹⁶⁶. Finalmente, hay que señalar que la Estrategia Europea para la igualdad de género 2020-2025¹⁶⁷, por la que se establece una visión, objetivos políticos y acciones para lograr avances concretos en materia de igualdad de género en Europa y alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, reconoce la interseccionalidad –la combinación del género con otras identidades o características personales y la forma en que estas intersecciones originan situaciones de discriminación singulares– como principio transversal.

Habida cuenta la falta de normas dispositivas de la UE, la tutela de este tipo de discriminación es compleja pues, estas referencias se encuentran en la parte expositiva de las Directivas o en documentos programáticos de desarrollo, sin valor jurídico alguno¹⁶⁸. El Tribunal de Luxemburgo tampoco se ha hecho eco de esta realidad social en su jurisprudencia, que permanece ajena a este tipo de discriminación, sin que, de momento, se haya dictado sentencia alguna diferenciando la discriminación simple, por un solo rasgo, de la discri-

¹⁶⁴ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y 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, COM/2014/02 final. Accesible en, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52014DC0002>. Consultado por última vez el 21 de septiembre de 2022.

¹⁶⁵ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, COM/2021/139 final. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021DC0139>. Consultado por última vez el 20 de septiembre de 2022.

¹⁶⁶ Asunto *Parrish*, STJUE de 24 de noviembre de 2016, C-443/15, EU: C:2016:897.

¹⁶⁷ Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>. Consultado por última vez el 20 de septiembre de 2022.

¹⁶⁸ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones...», *op. cit.*, pp. 125-140.

minación múltiple, por dos o más rasgos ¹⁶⁹. De hecho, el fallo del TJUE en el asunto *Parrish*, no apreció discriminación simple, ni, por supuesto, discriminación múltiple, que pudo haber quedado oculta, velada al examinar de forma autónoma las posibles causas de discriminación concurrentes en el litigio ¹⁷⁰.

Debe remarcarse, con todo, que la UE invita a las Instituciones y Estados miembros a que tengan en cuenta, para el establecimiento de las políticas de igualdad de oportunidades y de acciones positivas de las minorías protegidas por el Derecho antidiscriminatorio, la perspectiva de la discriminación múltiple ¹⁷¹. Para ello, organismos europeos, como la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales, trabajan para acabar con las discriminaciones y ayudar a las instituciones, órganos y Estados miembros a respetar plenamente estos derechos ¹⁷².

España reconoce la discriminación múltiple: en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social ¹⁷³ y, en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Así, la LOIEMH, *ex* artículo 14.6, hace referencia a la doble discriminación ¹⁷⁴ y, en el artículo 20.c), a la discriminación múltiple ¹⁷⁵, pero sin definir el concepto. Además, no describe la interseccionalidad por lo que parece que la norma tan solo se refiere a la discriminación por adición de causas, la discriminación acumulativa. Por otro lado, en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, que desarrolla la LOIEMH, aparecen algunas reseñas puntuales a la discriminación doble o múltiple. Así, el objetivo 7.7, del Eje 7, hace una referencia de carácter transversal, al apelar a «tener en cuenta,

¹⁶⁹ GIMÉNEZ GLUCK, D., «La discriminación múltiple...», *op. cit.*, p. 135.

¹⁷⁰ *Infra, vid.* Capítulo III, epígrafe 1.2.

¹⁷¹ Hay que hacer referencia del Informe de 2007 sobre discriminación múltiple elaborado por el Instituto danés de Derechos Humanos para la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, que lleva por título «Abordando la Discriminación Múltiple, Prácticas, Políticas y Normas», recomienda a los Estados que incorporen en sus legislaciones antidiscriminación el concepto de la discriminación múltiple.

¹⁷² LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones...», *op. cit.*, pp. 125-140.

¹⁷³ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.

¹⁷⁴ Artículo 14.6 LOIEMH: «La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva».

¹⁷⁵ Artículo 20.c) LOIEMH: «Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención».

en el diseño e implementación de las políticas públicas de los diferentes ámbitos de intervención, las posibles formas de discriminación múltiple de las que puedan ser víctimas determinados colectivos de mujeres», pues «las políticas públicas no solo (han) de tener en cuenta la inclusión transversal del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sino también la posible incidencia de otras variables, cuya concurrencia resulte generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención». Si bien se elaboró un nuevo Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2018-2021, este nunca ha estado vigente. Además, no albergaba referencia a la discriminación múltiple.

A diferencia de la LOIEMH, la LGDPD se refiere explícitamente a la discriminación múltiple ¹⁷⁶—artículos 7 ¹⁷⁷ y 67 ¹⁷⁸— y también lo hace el Plan de

¹⁷⁶ Así, la STC 3/2018, de 22 de enero de 2018, resolvió el recurso de amparo promovido por un ciudadano con discapacidad al que, a pesar de tener reconocida una minusvalía psíquica del 65%, además de una situación de dependencia en grado 1, se le denegó, por razón de su edad —más de 60 años—, el ingreso en un programa de atención especializada en un centro de asistencia para personas discapacitadas de la Comunidad Autónoma de Madrid, en aplicación del artículo 3 de la Orden 1363/1997. En su lugar, se le proporcionó una plaza en un centro de la tercera edad, privándole del tratamiento médico especializado necesario, tanto para su salud como para su integración social, frente a quienes, en su misma situación de discapacidad, sí disponen de dicha asistencia únicamente por no alcanzar la edad de 60 años. El Tribunal declaró que se vulneró el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación del recurrente, reconocido por el artículo 14 CE, al apreciarse, en este caso, una discriminación múltiple por concurrencia de la edad y de la discapacidad. Asimismo, se vulneró el artículo 14 del CEDH y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. La resolución, además de poner de relieve la normativa vulnerada, realiza un repaso de las resoluciones judiciales más relevantes en la materia, tanto del TEDH como del TJUE. Recuerda, asimismo, que la doctrina constitucional relativa al derecho a la no discriminación del artículo 14 CE, en relación con la edad y la discapacidad como circunstancias personales protegidas por dicho precepto, y los instrumentos jurídicos internacionales suscritos por España para su protección, deben servir, *ex* artículo 10.2 CE, para la interpretación del contenido del derecho fundamental que se examina. En este caso, el derecho fundamental debe ponerse en relación con la relevancia que en el ordenamiento español tiene la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, *ex* artículo 25, establece la obligación de los Estados de impedir que se niegue, de manera discriminatoria, servicios y atención a la salud por motivos de discapacidad. La sentencia de TC otorgó el amparo y declaró nulas todas las resoluciones dictadas, pero su argumentación se centra no en la inconstitucionalidad de la norma aplicada —artículo 3 de la Orden 1363/1997—, aunque la considera, *prima facie*, contraria al artículo 14 CE, sino en el hecho de que las resoluciones impugnadas no evitasen la aplicación de la norma de exclusión, pese a disponer de los instrumentos jurídicos suficientes para que tal aplicación no hubiera tenido lugar.

¹⁷⁷ El artículo 7 LGDPD, rubricado «derecho a la igualdad», establece que «las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías».

¹⁷⁸ En el artículo 67 LGDPD, denominado «medidas de acción positiva», afirma que «los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural».

Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020¹⁷⁹. Pero, de la misma forma que en la LOIEHM, tampoco se contempla la interseccionalidad de causas discriminatorias¹⁸⁰.

La Ley 15/2022, de 12 de julio, define, *ex* artículo 6.3, la discriminación múltiple como la que se produce «cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley». Asimismo, diferencia, expresamente, la discriminación interseccional como «la que se produce cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación». La Ley contiene los mecanismos para hacer frente a las graves consecuencias que se dan cuando interaccionan en una misma persona dos o más motivos de discriminación, especialmente en las mujeres. Su reconocimiento *ex lege* la hace exigible judicialmente¹⁸¹.

La discriminación múltiple, aunque se manifiesta en todos los ámbitos, tiene particular incidencia en el laboral pues las víctimas de este tipo de discriminación «presentan los niveles más altos de desempleo y se encuentran concentradas en gran medida en empleos mal remunerados»¹⁸². El carácter transversal de la edad hace posible su yuxtaposición con otros factores discriminatorios¹⁸³. Y, en este sentido, debe destacarse que el género y la edad conforman dos causas discriminatorias que a menudo interaccionan, generando situaciones de discriminación múltiple. La edad avanzada determina por sí sola prejuicios y estereotipos negativos, pero esta característica personal perjudica aún más a las mujeres, circunstancia que prevé, implícitamente, la Directiva 2000/78/CE, que, *ex* artículo 6, señala que la justificación de una diferencia de trato con base en la edad no debe generar una discriminación por

¹⁷⁹ El Plan de Acción de la Estrategia sobre Discapacidad, dentro del Eje 1, rubricado «Igualdad para todas las personas», cuyo objetivo es «garantizar la plena igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de todos sus derechos con el resto de los ciudadanos», incluye como objetivo el de «combatir la discriminación múltiple y erradicar toda forma de discriminación». Lo que se justifica en la existencia de «factores multiexcluyentes que posibilitan una mayor vulnerabilidad de las personas con discapacidad y que tienen su origen en el sexo, en la pertenencia a un grupo social determinado, en la edad, la etnia, la nacionalidad, la orientación o identidad sexual o el ámbito residencial. Corresponde actuar para contrarrestar estas situaciones y limitar su impacto excluyente». Accesible en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/EED_2014-2020_evaluacion_PlanAccion_informe.pdf.

¹⁸⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones...», *op. cit.*, pp. 125-140.

¹⁸¹ LOUSADA AROCHENA, J. F., «El derecho fundamental a la igualdad efectiva...», *op. cit.*, pp. 243-250.

¹⁸² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple...», *op. cit.*, pp. 1-9.

¹⁸³ CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M. B., «Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe HelpAge España, 2022, pp. 23-39.

sexo. Las mujeres mayores tienen menos posibilidades de encontrar empleo y si están empleadas, la regla general es que, en un porcentaje superior al de los hombres, desempeñen su labor profesional en puestos de menor categoría¹⁸⁴.

Por otro lado, en ciertos sectores profesionales, como el de los medios audiovisuales, publicidad, auxiliares de vuelo o personal de recepción, la discriminación múltiple por género y edad tiene un impacto aún mayor. Es la denominada discriminación por apariencia, identificada por la doctrina inglesa como *lookism*¹⁸⁵. A modo de ejemplo, se trae a colación el caso de *Miriam O'Reilly*, presentadora de la *BBC*. La actora demandó a la cadena británica por considerar que había sido retirada de un programa por la interacción de dos causas de discriminación, edad y sexo. El Tribunal concluyó que no hubo discriminación por sexo –ya que consideró que un hombre mayor hubiera sido tratado igual– pero estimó la demanda por discriminación por razón de edad. Con todo, el Tribunal británico inició la andadura hacia la protección de la discriminación múltiple, al plantear una hipotética práctica empresarial que impediría a las mujeres mayores de 40 años postularse a un empleo: «parte del motivo por el que no se permite a una mujer de más de 40 años postularse para el puesto es que es mujer. Otra de las razones es que es mayor de 40 años. Ambos son elementos relevantes de la razón por la que la misma sufre un trato perjudicial. En tales circunstancias, consideramos que está claro que la mujer está sujeta a discriminación por sexo y edad»¹⁸⁶. De este modo, se revela una práctica ilegal pues «la característica protegida no tiene por qué ser la única razón, ni tan siquiera la razón principal, por la que una persona sufre trato discriminatorio»¹⁸⁷.

En el ordenamiento interno, la normativa antidiscriminatoria¹⁸⁸ está configurada para dar protección a las víctimas de discriminación por un motivo concreto, o por varios, deparando la tutela que necesitan las víctimas de discriminación múltiple, con las especiales desventajas o exclusiones que genera. Con todo, hasta la fecha, las referencias incluidas en algunos textos –así, en la exposición de motivos de la LOIEMH–, han determinado la posibilidad de establecer las acciones para alcanzar la igualdad de oportunidades de los colectivos que la sufren. Acciones que a menudo se abordan desde las políticas

¹⁸⁴ FERRANDO GARCÍA, M. F., «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral...», *op. cit.*, pp. 19-53.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ La Ley 15/2022, de 12 de julio, nace con el objetivo de garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y el respeto a la dignidad de las personas, al desarrollar los artículos 9.2, 10 y 14 de la CE.

públicas de igualdad entre hombres y mujeres pues, en más ocasiones de las deseadas, las diferentes causas discriminatorias interactúan o se acumulan con la discriminación por razón de género. En este sentido, resulta imprescindible, para su prevención, «aplicar una perspectiva de género transversal»¹⁸⁹. Por ello, el artículo 14.6 LOIEMH permite la adopción de medidas de acción positiva a la vista «de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva». Asimismo, también se pueden emprender acciones desde la negociación colectiva, habilitada expresamente por los artículos 17.4 ET y 43 LOIEMH «para establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres»¹⁹⁰. En el mismo sentido, por su trascendencia para el desarrollo de políticas de igualdad dirigidas a mujeres, especialmente vulnerables a este tipo de discriminación, la Ley 15/2022, *ex* artículo 3.7, también posibilita que se establezcan las medidas de acción positiva más adecuadas para combatirla.

En todo caso, la discriminación múltiple, habida cuenta la vulnerabilidad de los colectivos afectados, exige, además de medidas de acción positiva, un tratamiento normativo adecuado que posibilite su prevención. Y, en este sentido, la Ley 15/2022, integral y transversal, cumple con la finalidad de prevenir y reparar los daños que se puedan derivar de la infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación. Para ello proporciona, entre otras medidas, un régimen sancionador para resarcimiento del daño causado.

3.3 Discriminación por asociación y discriminación por error

La discriminación por asociación es la que se produce contra una persona, no porque posea una característica determinada susceptible de discriminación prohibida –origen étnico, religión, discapacidad u orientación sexual–, sino por su relación con otra persona o colectivo que posee dicho rasgo o característica especial.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación múltiple...», *op. cit.*, pp. 1-9.

¹⁹⁰ FERRANDO GARCÍA, M. F., «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral...», *op. cit.*, pp. 19-53.

En el ámbito del Derecho de la UE, este tipo discriminatorio no está recogido expresamente en ninguna de las Directivas sobre discriminación, ya que es fruto de la jurisprudencia del TJUE. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo abordó esta cuestión en el asunto *Coleman*¹⁹¹, en relación, en concreto, con la discapacidad. Con todo, la doctrina generada puede hacerse extensiva a otros motivos de discriminación prohibidos por la Directiva 2000/78/CE. Esta sentencia pionera amplió el concepto de víctima de discriminación más allá de las personas o colectivos que ostentan la circunstancia o característica discriminatoria, incluyendo, como víctimas de discriminación, a sujetos que, hasta la fecha, no eran consideradas como tal¹⁹².

En el asunto *Coleman*, el TJUE resolvió que el acoso laboral sufrido por una mujer que solicitó a su empleador la reducción de su jornada laboral para cuidar a su hijo discapacitado, persuadiéndola para que dimitiera, era un caso de discriminación por discapacidad. Previamente, en sus conclusiones, el Abogado general señalaba, y esta es la clave de la discriminación por asociación, que «para que una persona sea víctima de discriminación no es necesario que haya recibido un mal trato a causa de «su» discapacidad: basta con que lo haya recibido a causa de «la» discapacidad. De este modo, es posible ser víctima de discriminación ilegal por motivo de discapacidad, en virtud de la Directiva 2000/78/CE, sin que uno sea discapacitado»¹⁹³. La circunstancia de la discapacidad afecta así a persona distinta de la que sufre sus consecuencias, pero no se trata de discriminación indirecta. La novedad es que para apreciar la discriminación ya no se atiende sólo a un sujeto, perteneciente al colectivo vulnerable, sino a dos, de modo que se trata de la discriminación refleja¹⁹⁴.

Esta sentencia puso de manifiesto que el Derecho de la UE protege también a aquellas personas que, sin ser discapacitadas, sufren discriminación directa o acoso en el empleo por su vinculación con una persona con discapacidad. Es decir, una nueva interpretación, más amplia, de la Directiva 2000/78/CE: «la

¹⁹¹ Asunto *Coleman*, STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, EU: C:2008:415.

¹⁹² PÉREZ CAMPOS, A. I., «Discriminación por asociación», en VV. AA. (Dir.: SÁNCHEZ TRIGUERO, C.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre hombres y mujeres*, Colección de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal del BOE, Madrid, 2018, pp. 225-244.

¹⁹³ Conclusiones del Abogado general Sr. M. Poiares Maduro, de 31 de enero de 2008, C-303/06, EU: C:2008:61.

¹⁹⁴ SEMPERE NAVARRO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Discriminaciones reflejas (el caso de la Sra. Coleman)*, <https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/noticias-de-derecho/discriminaciones-reflejas-el-caso-de-la-sra-coleman-2008-11-04/>.

atención al elemento objetivo como vía de ampliación del subjetivo y, con ello, al paso de la tutela *ratione personae* a la protección *ratione materiae*»¹⁹⁵.

En el asunto *Coleman* emerge, asimismo, un conflicto de género soterrado. Una mujer, trabajadora y madre, fue convencida para que presentara su dimisión en el trabajo para dedicarse al cuidado de su hijo discapacitado. No ofrece ningún género de dudas que si el cuidador hubiera sido el padre, un hombre, el tratamiento que se le habría deparado no hubiera sido el mismo y no habría caso. No obstante, el Tribunal no tuvo en cuenta la dimensión de género que tenía el asunto, a pesar de que, de forma mayoritaria, son las mujeres las que realizan ese tipo de tareas de cuidado de hijos o familiares con discapacidad. De modo que, la discriminación por género se manifiesta, conjuntamente, con otro factor discriminatorio, en este caso, la discapacidad, lo que origina, asimismo, una discriminación múltiple, en concreto, del subtipo acumulativa, al concurrir dos factores discriminatorios, sexo y discapacidad, que, sin duda, agravaron la situación de la Sra. *Coleman*¹⁹⁶. El fallo del asunto *Coleman* puede hacerse extensivo a otros factores de discriminación prohibidos por el Derecho de la Unión¹⁹⁷. La interpretación que el TJUE hizo en la sentencia del asunto *Coleman* reveló «que la igualdad y no discriminación es un derecho inagotable, que desborda los moldes existentes, en forma de rígidas categorías jurídicas»¹⁹⁸.

¹⁹⁵ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias», *Revista del Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, núm. 463, 2021, p. 30.

¹⁹⁶ En las conclusiones del Abogado general del asunto *Coleman*, se relatan, como ejemplos del trato discriminatorio que alega haber sufrido la perjudicada, que sus empleadores se negaron a permitir que se reincorporara a su antiguo puesto de trabajo al finalizar su permiso de maternidad; que la calificaron de perezosa cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar de su hijo y se negaron a darle la misma flexibilidad en las condiciones de trabajo que a sus compañeros de trabajo que no tenían hijos discapacitados; que afirmaron que se sirvió de su «jodido hijo» en provecho de sus condiciones de trabajo; que la sometieron a un procedimiento disciplinario, y que no tramitaron adecuadamente la queja que presentó contra el maltrato del que era objeto.

¹⁹⁷ *In extenso*, vid. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018. «La doctrina es unánime al reconocer que esta protección que aporta la jurisprudencia de la discriminación por asociación no debe limitarse a los familiares o cuidadores de las personas con discapacidad, más bien parece que lo importante serán los vínculos reales que le llevan a padecer esos efectos por su vinculación. Tampoco se circunscribe de manera exclusiva a la discapacidad, sino que la interpretación del Tribunal de Justicia debe hacerse extensiva al resto de los motivos de discriminación contemplados por las Directivas antidiscriminatorias, esto es, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual –artículo 1, Directiva 2000/78/CE–».

¹⁹⁸ *In extenso*, vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La discriminación por asociación. Desafíos sustantivos y procesales desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

No es necesario, para que se de este tipo de discriminación, que exista una relación de parentesco entre el trabajador discriminado y la persona vulnerable por su característica especial. En efecto, puede ser una relación de cualquier otra índole: así, el caso del trabajador discriminado por su defensa pública de determinados colectivos –homosexuales, grupo religioso, etnia gitana–, sin pertenecer, él, a ninguno. En esta línea, son relevantes los asuntos *CHEZ*¹⁹⁹ y *Hakelbracht*²⁰⁰.

El asunto *CHEZ* tiene su origen en la demanda interpuesta por la Sra. *Nikolova*, comerciante, contra su compañía eléctrica, por situar esta los contadores a una altura de 7 metros sobre el suelo, con el fin de impedir su manipulación por el vecindario, la mayoría de etnia gitana. Esta ubicación, que impedía su lectura, no es la habitual en otros barrios sin esta mayoría étnica, donde los contadores se sitúan dentro de los domicilios, en las fachadas o en postes a 170 cm del suelo. El TJUE aplicó la Directiva 2000/43/CE para proteger como víctima de discriminación por asociación a una mujer en relación con los vecinos del barrio. Asimismo, reitera la idea de que ciertas conductas que perjudican o tratan de manera desfavorable a todo un colectivo vulnerable también pueden ser constitutivas de discriminación, sin que sea necesario personificar la discriminación en un único sujeto²⁰¹.

En el asunto *Hakelbracht*, una trabajadora, encargada de una tienda de ropa, tras intervenir en un proceso de selección para cubrir un puesto de vendedora, fue despedida por mostrarse favorable a la contratación de una candidata que, finalmente, fue rechazada por estar embarazada de tres meses. El Alto Tribunal estimó que el despido de la trabajadora fue una represalia de su empleador por mostrar aquella su apoyo a la persona discriminada, circunstancia prohibida por el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE. El TJUE hace hincapié en que «los trabajadores contemplados en ese artículo, distintos de la persona que ha sido discriminada por razón de sexo, deben estar protegidos en la medida en que el empresario pueda causarles un perjuicio por el apoyo prestado, de manera formal o informal, a la persona que ha sido discriminada». El Tribunal extendió la protección a «cualquier empleado que defienda o testifique a favor de una persona» protegida por la Directiva que «debe tener derecho a idéntica protección», lo que, en definitiva, crea el vínculo que conduce a la discriminación por asociación²⁰².

¹⁹⁹ Asunto *CHEZ*, STJUE de 16 de julio de 2015, C-83/14, EU: C:2015:480.

²⁰⁰ Asunto *Hakelbracht*, STJUE de 20 de junio de 2019, C-404/18, EU: C:2019:523.

²⁰¹ *In extenso*, vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional...», *op. cit.*, pp. 25-62.

²⁰² *Ibidem*.

Estos dos asuntos han puesto de manifiesto que más allá de la Directiva 2000/78/CE, otras dos Directivas, la 2000/43/CE y la 2006/54/CE, han servido al TJUE para terminar de configurar esta modalidad de discriminación, como garantía del efecto útil del derecho a igualdad y no discriminación, evitando interpretaciones restrictivas que puedan poner trabas a la tutela del derecho²⁰³.

Superado el planteamiento inicial establecido en el asunto *Coleman*, los tribunales han ido más allá y la doctrina de la discriminación por asociación se ha extendido a otros derechos fundamentales, al no haber razones determinantes de su restricción al ámbito de la no discriminación. En este sentido, «deberá extenderse la prohibición de sufrir perjuicios derivados del ejercicio de un derecho fundamental a las personas que se encuentren claramente vinculadas a aquella que lleva a cabo dicho ejercicio»²⁰⁴. Así, a modo de ejemplo, determinan la apreciación de discriminación por asociación el hecho de no prorrogarle el contrato de trabajo temporal a un trabajador porque su pareja está afiliada a algún sindicato concreto; o el acoso o trato desfavorable que puede sufrir un trabajador que, fuera de su horario laboral, es voluntario en un centro de afectados por el VIH; o el despido de una trabajadora por la actividad sindical de su pareja²⁰⁵. Como se puede apreciar, cuando se produce una discriminación por asociación, en su mayor parte, se ve afectado más de un derecho fundamental, por lo que suelen convertirse en discriminaciones múltiples²⁰⁶.

En el ordenamiento español, la discriminación por asociación está, ya, regulada por la Ley 15/2022. Con todo, hasta la entrada en vigor de la misma, la formulación abierta de la Directiva 2000/78/CE ha permitido realizar la misma interpretación inclusiva que realizó el TJUE²⁰⁷. En este sentido, los tribunales internos, poco a poco han ido emitiendo sentencias siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Luxemburgo. No obstante, se han utilizado otros términos para denominar esta forma de discriminación, como discriminación

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A., «Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2019, pp. 1-8.

²⁰⁵ POYATOS MATAS, G., «Despido de la trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación por asociación. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 441, 2019, pp. 166-172.

²⁰⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional...», *op. cit.*, p. 61.

²⁰⁷ CORDERO GORDILLO, V., «Discriminación por asociación con una persona con discapacidad», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008, pp. 149-161.

«refleja» o discriminación «por vinculación», lo que, de alguna manera, evidencia las dificultades interpretativas de esta figura²⁰⁸.

La STS de 29 de enero de 2020 es de especial relevancia ya que, además de reconocer la discriminación por asociación, a la que denomina discriminación refleja o transferida, es la primera resolución de un tribunal español que reconoce la discriminación indirecta por asociación, en la que no hay una única víctima, sino que la discriminación afecta a todo un colectivo perjudicado²⁰⁹. Y la STC 71/2020, de 29 de julio²¹⁰, que aplica la doctrina del asunto Coleman a un caso de discriminación directa por razón de sexo, apreciando, además, «discriminación directa refleja o por asociación o por vinculación», que alcanza a una persona que se ve privada de un derecho por pertenecer, no esta persona sino un familiar, a un determinado grupo, en este caso, al sexo femenino. El TC interpretó de manera extensiva la discriminación por razón de sexo, extendiendo los límites del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE²¹¹.

De este modo, habida cuenta la interpretación expansiva del derecho, la jurisprudencia no solo ha ampliado el concepto de discriminación, sino también la tutela antidiscriminatoria, real y formal. Lo que «ha dado un vuelco a la tradicional interpretación del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Pero aún más importante, la incorporación de la categoría de

²⁰⁸ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional...», *op. cit.*, pp. 25-62.

²⁰⁹ STS de 29 de enero de 2020 –Rec. núm. 3097/2017–, ECLI: ES: TS:2020:416. Este litigio tiene su origen en la demanda interpuesta por la solicitante de una prestación del SOVI en favor de familiares, que le fue denegada por no haber sido la fallecida titular de una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente. La actora impugnó la denegación por entender que la norma de aplicación provocaba una discriminación por razón de sexo. La sala cuarta del TS insiste en que «nos encontramos aquí ante un supuesto de discriminación refleja o transferida respecto de un sistema de pensiones que, en la práctica, se caracteriza porque sus beneficiarias son mujeres, y en el que las consecuencias negativas son sufridas sobre quien resulta beneficiaria por su conexión directa, aun cuando no sea la persona que sufre la discriminación inicial, sino una discriminación por asociación (...) la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada, sino que la protección que del mismo se desprende debe ser aplicable también a quien sufre un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la situación de discriminación».

²¹⁰ STC 71/2020, de 29 de julio, ECLI: ES: TC:2020:71.

²¹¹ CASAS BAAMONDE, M. E. y ÁNGEL QUIRÓGA, M., «Discriminación directa refleja por razón de sexo –denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto–», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2020, pp. 1-16. El artículo comenta la STC 71/2020, de 29 de junio, ECLI: ES: TC:2020:71, que resuelve el recurso de amparo interpuesto por una enfermera a la que denegaron la concesión de dos días de licencia por hospitalización de su hermana por razón de parto. El TC declaró la vulneración de su derecho a no padecer discriminación por razón de sexo derivada de la interpretación del artículo 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, que concede dos días de licencia por hospitalización de un familiar, salvo que la misma se produzca como consecuencia de un parto, según la interpretación del Servicio de Salud, confirmada judicialmente.

discriminación por asociación a nuestra doctrina judicial nacional ha evidenciado que este derecho fundamental es un elemento tan vivo y cambiante como la realidad social en la que se integra»²¹².

Finalmente, el ordenamiento jurídico interno ya regula, en la reciente Ley 15/2022, el concepto de discriminación por asociación. Así, el artículo 6.2 dispone que «se produce discriminación por asociación cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas (...) es objeto de un trato discriminatorio». Este tipo de discriminación se define en la Ley junto con otra forma de discriminación, novedosa, que recoge el mismo artículo. Se trata de la discriminación por error que el artículo 6.2 define como «aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas»²¹³. En ambos casos, se aplica un trato peyorativo a una persona en la que, en sí misma, no concurre la circunstancia protegida en la normativa antidiscriminatoria. En la discriminación por asociación por su vinculación con otra en la que sí concurre esa causa, y en la discriminación por error porque se le supone esa cualidad, aun de forma equivocada, por parte del empresario, ya sea por sus rasgos físicos, apariencia, vestimenta, forma de comportarse, discapacidad, etc. Es muy ilustrativa, de la discriminación por error, la STSJ de Galicia 975/2021²¹⁴.

3.4 Discriminación y acoso

El fenómeno del acoso laboral o acoso moral y psicológico en el trabajo, también denominado *mobbing*, está presente en todos los países, en todas las culturas y en todos los ámbitos sociales. Es una figura muy antigua, cuya inci-

²¹² MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional...», *op. cit.*, pp. 25-62.

²¹³ Artículo 6.2 Ley 15/2022.

²¹⁴ En este sentido, *vid.*, la STSJ de Galicia 975/2021, ECLI: ES: TSJ: GAL:2021:975. La Sala afirma que concurre una discriminación directa por discapacidad, al considerar subsumible en el concepto contemplado en el artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE una «discriminación por apariencia por motivo de discapacidad», derivada del despido sufrido por un trabajador tras sufrir un accidente de trabajo al creer el empresario que quedaría discapacitado. El tribunal invoca el concepto de discriminación directa por discapacidad de la Directiva y califica de defectuosa, en este sentido, la trasposición al Derecho interno del artículo 2.c) LGDPD, pues «no se exige en la definición comunitaria (que prevalece) que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto sea discriminado por razón de discapacidad». Precisamente, esa apreciación permitió ya al TJUE, en el asunto Coleman, C-303/06, admitir la discriminación por asociación. En el caso de la discriminación por apariencia, el sujeto es discriminado por una apariencia de discapacidad que el sujeto discriminador cree que concurre, con independencia de que aquel tenga o no esa discapacidad.

dencia varía en función del nivel sociocultural y del sector profesional del que se trate, manifestándose, especialmente, en el sector terciario, el médico-social y la enseñanza²¹⁵. Como categoría jurídica, sin embargo, el acoso es una figura relativamente reciente, muy compleja y que despierta un alto interés, por lo que su estudio se realiza desde distintas disciplinas. No hay un único concepto de acoso, ni una tipificación uniforme de este fenómeno, lo que representa una dificultad añadida para su protección jurídica eficaz²¹⁶.

El diccionario de la RAE –en su primera entrada– define acoso como la acción de acosar. Además, entre otras acepciones, define el acoso laboral como «la práctica ejercida en el ámbito del trabajo y consistente en someter a un empleado a presión psicológica para provocar su marginación».

Jurídicamente, el acoso laboral se configura como una conducta violenta de amplio espectro ejercida de manera recurrente y sistemática por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, con el objeto de destruir al trabajador acosado para lograr mantener o reforzar una posición de dominio y así alcanzar objetivos personales y profesionales²¹⁷. De esta definición se extraen las características más relevantes de esta figura²¹⁸: a) comportamiento violento que incluye todo tipo de acciones lesivas, como medidas organizativas –asignación de tareas humillante, imposibles, incluso, la no asignación de tareas–, medidas de aislamiento socio-laboral –asignación de un puesto de trabajo aislado–, acciones de desprestigio, tanto personal como profesional –crear falsos rumores–, agresiones verbales o físicas –insultos, coacciones, etc.–; b) carácter recurrente o sistemático de la conducta ya que una conducta aislada, por muy grave que sea, no es considerada acoso²¹⁹; c) objetivo destructivo que persigue hundir psicológicamente a la víctima con el fin de que se vea obligada a desistir de sus derechos profesionales o, incluso, «voluntariamente», de su relación laboral misma; d) el desarrollo de la conducta por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, e incluso en conjuntamente. Hay que señalar que, en ocasiones, las menos, la víc-

²¹⁵ EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 36, 2003, pp. 134-135.

²¹⁶ La construcción de un concepto de acoso constituye «el presupuesto ineludible a la hora de articular una protección jurídica adecuada frente a esta manifestación específica de violencia». CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo», en VV. AA. (Coord.: CORREA CARRASCO, M.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006, p. 44.

²¹⁷ MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso moral en España y su impugnación», *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 4, 2013, pp. 240-262.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ La conducta de acoso laboral exige recurrencia en el tiempo, ya que un hecho aislado no se puede considerar acoso moral. Así lo corroboran SSTSJ de Madrid, de 31 de marzo de 2006 –RJ 1694–, o de 23 de enero de 2007 –RJ 1963–. No obstante, también hay alguna otra que cuestiona esta necesidad, como la STJS de Castilla y León de 22 de diciembre de 2010 –RJ 209–.

tima de acoso tiene una fortaleza mental tan grande que, aunque el ataque y la vulneración de sus derechos fundamentales le hayan podido afectar moralmente, el daño psíquico no se materializa de manera clara y real. No obstante, ello no impide que la conducta sea considerada como de acoso moral²²⁰.

Entre las conductas de acoso, en función de quien las realice, se distinguen varias modalidades: así, el acoso es vertical descendente cuando la víctima de acoso está situada en un plano inferior al del acosador. El acoso es horizontal cuando el acosador y su víctima están en una situación de igualdad jerárquica en el organigrama de la empresa. Finalmente, el acoso es vertical ascendente cuando son los subordinados de la víctima de acoso los que incurrir en la conducta prohibida²²¹.

En el marco del Derecho de la UE, la regulación del acoso se inicia en los años ochenta²²², siendo múltiples los intentos para normativizar el concepto, articulando medidas para prevenir y sancionar este tipo de conductas. Así, se formula una noción de acoso en diferentes instrumentos de la Unión, pero de una manera muy general²²³. El concepto se concreta en la Resolución del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo²²⁴, que sitúa el acoso en el contexto de protección de la dignidad de la persona²²⁵. Sin embargo, la Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo²²⁶, va más allá e introduce el principio de

²²⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales», *Tribunal Social*, núm. 178, 2005, p. 10. Hay que señalar que alguna sentencia todavía siga manteniendo la necesidad del daño psíquico moral, como la STJS de Madrid de 6 de junio de 2012 –RJ 2352–.

²²¹ MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso moral en España y su impugnación...», *op. cit.*, pp. 7-9.

²²² La preocupación por el acoso se pone de manifiesto en la Recomendación 84/635/CEE del Consejo de 13 de diciembre de 1984 relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, fundada en el principio de no discriminación por razón de sexo que apela también al respeto de la dignidad de la mujer en el trabajo.

²²³ La definición del concepto de acoso es planteada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 11 de junio de 1986 sobre la violencia contra la mujer.

²²⁴ DO C núm. 157, de 27 de septiembre de 1990.

²²⁵ La Resolución del Consejo, de 29 de mayo de 1990, define acoso sexual como: «La conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices y que resulta inaceptable si a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo, a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y/o c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma». Una noción, hoy en día, superada.

²²⁶ DO L núm. 131, de 24 de febrero de 1992.

igualdad de trato y no discriminación como bien jurídico protegido en la formulación originaria de acoso²²⁷, lo que se reproduce en la mayoría de los ordenamientos jurídicos²²⁸. Además, para su desarrollo se adopta el Código práctico encaminado a combatir el acoso sexual en el trabajo²²⁹. El objetivo de este es proporcionar una orientación práctica a empresarios, sindicatos y trabajadores para prevenir el acoso sexual y garantizar procedimientos adecuados para resolver el problema y evitar su reaparición.

El concepto se construyó, pues, en ambos instrumentos en torno al sexo –acoso sexual–, por ser una de sus principales manifestaciones. A partir de ahí, se traslada hacia otros ámbitos, con otras características y otras manifestaciones, elaborándose diferentes categorías jurídicas de acoso: tal es el caso del acoso moral y del acoso discriminatorio que, a su vez, incluye numerosas causas de discriminación.

Uno de los objetivos propuestos en el IV Programa de Igualdad de Oportunidades de la UE 1998-2000 es adoptar una normativa vinculante sobre el acoso. Así, el desarrollo del concepto normativo de acoso, por motivos concretos y contrario al principio de no discriminación y a la dignidad del ser humano, se materializa con las Directivas 2000/43/CE²³⁰ y 2000/78/CE²³¹, que se adoptan a partir del año 2000, sobre la base del artículo 13 TCE –actual artículo 19 TFUE–. Ambas normativas describen, en correlativas disposiciones, la figura del acoso como una práctica discriminatoria que tiene por objeto atentar contra la dignidad de la persona con base en su origen racial, religión, discapacidad, edad u orientación sexual, creando a su alrededor un ambiente hostil, ofensivo, intimidatorio, humillante o degradante²³². En España, la transposición de estas

²²⁷ La Recomendación de la Comisión, de 24 de febrero de 1992, reproduce la definición de la Resolución salvo el último apartado que establece «c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma; y de que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo». La formulación del concepto de acoso que dan ambos documentos resulta imprecisa ya que mezclan dos modalidades de acoso, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

²²⁸ ROBLES CARRILLO, M., «El concepto de acoso en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europea*, núm. 49, Madrid, 2014, p. 816.

²²⁹ Se incorpora como anexo a la Recomendación y se publica en el DO L 49, de 24 de febrero de 1992.

²³⁰ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DO L 180 de 19 de septiembre del 2000.

²³¹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 29 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en empleo y la ocupación, DO L 303 de 2 de diciembre del 2000.

²³² En concreto, el artículo 2.3 de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, en dos preceptos de idéntico contenido, señalan que: «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que

Directivas se realizó mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que define, en el artículo 28.1.d), el concepto de acoso en términos semejantes a la norma europea²³³. Asimismo, el artículo 28.2, considera el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en todo caso discriminatorio²³⁴, vinculando la conducta del sujeto activo a la condición personal del sujeto pasivo –acoso discriminatorio–.

La Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, dio un paso más en la conceptualización del acoso²³⁵. Ambas normas se refundieron en la vigente Directiva 2006/54 CE, de 5 de julio de 2006²³⁶, la cual introduce importantes cambios en la construcción de la figura del acoso²³⁷. Ya en el preámbulo reconoce que «el acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo (...) no solo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción. Por consiguiente, se deben prohibir estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

La transposición de la precitada Directiva al ordenamiento interno se realiza a través de LOIEMH. Así, el artículo 7 de la Ley, inspirado en el ar-

tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro».

²³³ El artículo 28.1.d) define el acoso como «toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

²³⁴ El precepto en cuestión no contempla el acoso por razón de sexo.

²³⁵ Artículo 3 Directiva 2002/73/CE: «El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán. El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte».

²³⁶ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y la ocupación –refundición–, DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006.

²³⁷ La Directiva 2006/54/CE, en el artículo 2.1.c) define el acoso como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Asimismo, en el artículo 2.1.d) define el acoso sexual como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

título 2.1 de la Directiva 2006/54/CE, distingue entre acoso sexual y acoso por razón de sexo, así como su consideración como discriminación sexista²³⁸. En primer término, el artículo 7.1 define acoso sexual como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». En segundo lugar, el artículo 7.2 define el acoso por razón de sexo –sexista– como «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Aunque ambos conceptos se definen como autónomos e independientes del principio de no discriminación, estas dos conductas de acoso son calificadas, *ex* artículo 7.3, como discriminatorias y en consecuencia prohibidas²³⁹. Asimismo, en los artículos 10, 12 y 13, se determinan las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias y, asimismo, se incorporan garantías de carácter procesal que refuerzan la protección judicial del derecho a la igualdad y la no discriminación.

La LOIEMH, para prevenir este tipo de conductas, también establece determinadas obligaciones empresariales. Así, el artículo 46.2 ordena a las empresas que el contenido de los planes de igualdad incluya, entre otras, las materias de «la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo»; asimismo, independiente del plan de igualdad, el artículo 48 obliga a tener un procedimiento interno, un protocolo específico para prevenir y tratar el acoso.

El ET también protege al trabajador frente a conductas de acoso en varias disposiciones de su articulado: Así, el art 4.2 dispone el derecho a la ocupación efectiva; el artículo 4.2.b) establece el derecho a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene; y el artículo 4.2.e) ordena el respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, lo que incluye la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, así como frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Estas disposiciones se completan con lo dispuesto por el artículo 17 ET, a cuyo tenor, «se darán por nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la

²³⁸ CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales* (Coord.: LOUSADA AROCHENA, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 17-147.

²³⁹ Artículo 7.3 LOIEMH: «Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo». Finalmente, el artículo 7.4 LOIEMH establece que «el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». Asimismo, el artículo 19 ET establece el derecho del trabajador «a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en su trabajo». Por ello, debido al riesgo que el acoso supone para la salud, también la LPRL depara protección, *ex* artículo 14.1, al reconocer el derecho de los trabajadores a una protección eficaz e integral en materia de seguridad y salud. Correlativamente, es un deber del empresario garantizar un ambiente de trabajo libre de riesgos profesionales, incluidos los psicológicos. Asimismo, *ex* artículo 14.2, el empresario queda obligado a asegurar dicha seguridad y salud «en todos los aspectos relacionados con el trabajo».

La Ley 15/2022, de 12 de julio, aporta al ordenamiento interno la definición de acoso discriminatorio, así como otros conceptos vinculados a este tipo de conductas. Así, *ex* artículo 6.4, «Constituye acoso, a los efectos de esta ley, cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Asimismo, *ex* artículo 6.5, se establece como discriminatoria «toda inducción, orden o instrucción de discriminar por cualquiera de las causas establecidas en esta ley. La inducción ha de ser concreta, directa y eficaz para hacer surgir en otra persona una actuación discriminatoria». La Ley 15/2022 depara a las víctimas de acoso los instrumentos para garantizar el derecho a la no discriminación, proporcionando las medidas de protección y reparación²⁴⁰.

El ordenamiento interno completa la normativa protectora del acoso con sanciones penales y administrativas. En efecto, la conducta de acoso grave,

²⁴⁰ Ley 15/2022, artículo 25: «1. La protección frente a la discriminación obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias. 2. El incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas. 3. Ante un incidente discriminatorio, las autoridades encargadas de hacer cumplir esta ley tomarán las medidas oportunas para garantizar que los hechos no vuelvan a repetirse, especialmente en los casos en los que el agente discriminador sea una administración pública». Asimismo, el artículo 28: «La tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal.

realizado en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial, prevaleciendo de una relación de superioridad, está tipificada como delito en el artículo 173.1 CP, y lleva aparejada una con pena de prisión de 6 meses a 2 años. Y, en el artículo 184 CP se regula el acoso sexual producido en el ámbito de una relación laboral. Asimismo, la LISOS introdujo, en los artículos 8.13 y 8.13 bis, como infracciones muy graves, respectivamente, el acoso sexual, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, y el acoso por razón de sexo y el acoso moral, si, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

Al hacer una comparativa entre los conceptos jurídicos de acoso, el acoso sexista, del artículo 7.2 LOIEMH, con el acoso discriminatorio, del artículo 28 de la Ley 62/2003 y del artículo 6.4 de la Ley 15/2022, se identifica un elemento común en las definiciones que lo caracteriza, como es el «crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Esta circunstancia conecta, por tanto, el acoso sexista y al acoso discriminatorio, con el acoso moral porque este, también, crea un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo²⁴¹. Con todo, a pesar de esta conexión, no se puede exigir al acoso sexista o discriminatorio los mismos elementos que configuran el acoso moral, aunque, efectivamente, algunos coincidan²⁴².

El acoso es una figura jurídica autónoma. Supone siempre una violación de la dignidad de la persona que, como reconoce el TC «es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»²⁴³. Su calificación como discriminatorio se realiza con base en que lesione el principio de no discriminación²⁴⁴, debido a las circunstancias personales o sociales del sujeto pasivo, como factor determinante de la conducta²⁴⁵. No obstante, ni toda discriminación es acoso, ni toda conducta de acoso es discriminación²⁴⁶. Así, una conducta de acoso moral en el trabajo atenta contra la dignidad de la persona, pero no requiere de un comportamiento relacionado con un determinado factor discriminatorio.

²⁴¹ CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Curso de igualdad y diversidad...* op. cit., p. 126.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, ECLI: ES: TC:1985:53.

²⁴⁴ VICENTINE XAVIER, A., «La respuesta jurídica frente al acoso moral en el trabajo...», op. cit., p. 92.

²⁴⁵ SERRANO OLIVARES, R., *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005, p. 101.

²⁴⁶ ROBLES CARRILLO, M., «El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea...», op. cit., p. 817.

El acoso vulnera derechos fundamentales y bienes esenciales del trabajador como la dignidad, la igualdad y no discriminación, la integridad física y moral, el honor e intimidad personal y familiar y la propia imagen, por lo que su tutela puede subsumirse en los preceptos constitucionales que los protegen, *ex* artículos 10, 14, 15 y 18 CE, a través del procedimiento especial de tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas²⁴⁷, para la reparación e indemnización del daño causado²⁴⁸. Mella Méndez, se plantea si es necesaria una normativa laboral que proteja a la víctima frente a conductas de acoso de superiores o de compañeros de trabajo. En su opinión «con independencia de que un concepto legal de acoso pueda clarificar la conducta y aporte seguridad jurídica, cabe señalar que el mismo no es imprescindible a efectos de conceder tal protección, pues su inexistencia no impidió a los Tribunales laborales dar una adecuada respuesta protectora al acosado desde un primer momento, basándose para ello en el marco normativo entonces vigente»²⁴⁹. Con todo, la Ley 15/2022 zanja esta cuestión al haber quedado regulado el acoso por una norma integral y transversal.

3.5 Discriminación y estereotipos

Las personas, a partir de un proceso de evaluación interno, tienden a catalogar a sus semejantes en grupos sociales en función de sus parecidos o sus diferencias, y, sin duda, en múltiples ocasiones, se dejan seducir por prejuicios y estereotipos que dan lugar a multitud de discriminaciones. Así, los tipos de discriminación y el acoso que se han estudiado son conceptos técnicos que se sirven para identificar la discriminación causada por un estereotipo.

Un prejuicio es una actitud desfavorable e injusta hacia un grupo social o hacia una persona percibida como miembro de ese grupo²⁵⁰. Esta actitud tiene dos componentes esenciales, un componente cognitivo –creencia– y un componente comportamental –conducta–. Un estereotipo²⁵¹ es una creencia «consensuada» sobre las características, positivas o negativas, de un grupo en par-

²⁴⁷ Artículo 177.1 LJS.

²⁴⁸ MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso moral en España y su impugnación...», *op. cit.*, pp. 3-4.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ Según la RAE «prejuicio» es «la acción y efecto de prejuzgar», y «prejuzgar» es «predisponer a una persona en contra de algo o de alguien».

²⁵¹ La RAE define «estereotipo» como «una idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable».

ticular, esto es, generalizaciones sobre ese grupo o miembros del grupo²⁵². Estas actitudes y creencias, cuando son negativas, y se materializan externamente, dan lugar a conductas posiblemente discriminatorias.

La «discriminación» es el elemento visible del comportamiento del prejuicio, es decir, el tratamiento desigual y desfavorecedor a un sujeto o grupo como consecuencia de la creencia estereotipada negativa sobre ese individuo o grupo²⁵³. Sitúa, real o potencialmente, a las personas adscritas a ese grupo concreto en posiciones sociales y, en ocasiones, en posiciones jurídicas de inferioridad, dando lugar a la llamada discriminación por estereotipos.

La mayor edad de una persona, sin ser un estereotipo, es el rasgo que se utiliza para construir ciertas creencias, estereotipadas, que después se generalizan. Lo que, a su vez, da lugar a un tratamiento común de estos ciudadanos, trabajadores de edad madura, con base en ese rasgo estereotipado y no de acuerdo a la realidad del sujeto en cuestión. A menudo se identifica la edad del trabajador con la obsolescencia, con la salud precaria, con el decaimiento físico, con la falta de flexibilidad y de motivación. Todo ello afecta, según algunos, al rendimiento personal del trabajador. Pero lo cierto es que ni el colectivo de trabajadores mayores es homogéneo, ni sus características son homogéneas respecto del grupo y, en muchos casos, el medio para llevar a cabo ciertas políticas de ahorro es la edad del trabajador.

La edad, *a priori*, es una característica subjetiva y, de hecho, son relevantes las diferencias individuales de aptitudes funcionales entre sujetos de la misma edad. En efecto, entre las personas de edades similares se dibujan distintas casuísticas derivadas de sus vivencias, circunstancias profesionales, sociales, físicas o de salud. Esas circunstancias, en su conjunto, conforman sus características personales, singulares e individuales, y dotan de heterogeneidad a este colectivo de personas, trabajadores. La discriminación por mayor edad se manifiesta realmente en virtud del recurso a un elevado número de estereotipos sociales.

Se podría decir que los estereotipos fundamentan en gran medida la discriminación por cuestión de género, pero, también por razón de la edad. Si la mujer es de edad madura la cuestión se complica más aún. Un ejemplo paradigmático de discriminación por estereotipos, que, a su vez, es una discrimina-

²⁵² MONTES BERGES, B., «Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio», *Iniciación a la investigación*, núm. 3, Universidad de Jaén, 2008, pp. 1-19.

²⁵³ MARTÍNEZ QUES, A. A., *Ageísmo y derechos humanos en el contexto sanitario*, 2016. Accesible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned: Derecho-Aamartinez/MARTINEZ_QUES_AngelAlfredo_Tesis.pdf.

ción múltiple acumulativa, es el asunto *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs Portugal*²⁵⁴. De este caso, ya comentado, se puede extraer que, en ocasiones, son los estereotipos y prejuicios de los propios juzgadores, que aplican criterios, actualmente superados, para la determinación de lo que debe considerarse un comportamiento apropiado de las mujeres –roles de género– a la hora de impartir justicia, lo que resulta especialmente grave.

4. LA EDAD EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

La edad es un factor transversal que acompaña y persigue, como una sombra, a las personas trabajadoras durante todo su recorrido laboral. Por ello, el ordenamiento utiliza este criterio para identificar a ciertos grupos de trabajadores, como los trabajadores de edad avanzada, a los que, además, califica de vulnerables.

Tradicionalmente, a la edad de la persona se han ligado diferentes consecuencias jurídicas en todas las esferas del Derecho y de forma especial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social²⁵⁵. A modo de ejemplo, *ex* artículo 12, la CE establece la mayoría de edad en 18 años; el ET, *ex* artículo 6, prohíbe la admisión al trabajo a los menores de 16 años; y la LGSS fija la edad a partir de la cual se puede acceder a la jubilación ordinaria, en torno a los 65-67 años²⁵⁶, generándose entonces, si se cumplen determinados requisitos, el derecho a una pensión contributiva. A efectos laborales, las edades claves son dos: la edad mínima de acceso al trabajo, que inicia el período laboral, y la edad de jubilación, que lo concluye. En España, estos dos momentos singulares que vienen delimitados por la edad del trabajador fueron objeto de regulación temprana: en la primera ley laboral, Ley de 24 de julio de 1873, también conocida como Ley Benot, que prohibió el trabajo infantil y estableció la edad mínima de acceso al trabajo; y, en el Real Decreto de 11 de marzo de 1919, que instauró el Régimen de intensificación de retiros obreros, primer seguro social público de cobertura de la vejez, que fijó la edad de jubilación en los 65 años²⁵⁷.

²⁵⁴ *Supra*, en el actual capítulo, epígrafe 3.2.

²⁵⁵ La fijación de una edad mínima de acceso al empleo fue precisamente una de las piezas centrales de esta disciplina en su fase de formación. En este sentido, *vid.* MENÉNDEZ SEBASTIAN, P., «La edad máxima como límite para el acceso a la función pública», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 13, Aranzadi, 2005, pp. 13-31.

²⁵⁶ *Infra*, *vid.* Capítulo V, epígrafe 3.1.

²⁵⁷ *La Gaceta de Madrid* núm. 71, de 12 de marzo de 1919. Accesible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1919/071/A00916-00918.pdf>.

El establecimiento de una edad de acceso al trabajo y de una edad de jubilación responde a razones muy alejadas la una de la otra. Mientras que la fijación de la edad mínima –16 años– de acceso al mundo laboral ha sido cuestión pacífica entre la doctrina, dado que es considerada una cuestión de orden público laboral, la fijación de la edad de jubilación ordinaria, que permite el acceso a la prestación, ha estado inmersa en profundas discusiones debido a la problemática que acarrea, en términos principalmente económicos y financieros, desde la óptica de la viabilidad del sistema público de Seguridad Social ²⁵⁸.

En este punto, hay que hacer una breve referencia al «Informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse», aprobado el 6 de abril de 1995 ²⁵⁹, revisado posteriormente en tres ocasiones ²⁶⁰. Es el llamado Pacto de Toledo, en el que el legislador se compromete a adoptar las medidas que garanticen la consolidación del sistema de protección social para garantizar la sostenibilidad y suficiencia del sistema de pensiones, elemento vertebrador de nuestra sociedad. El último Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado en noviembre 2020, en la Recomendación 12, reitera la necesidad de alinear la edad legal de jubilación con la edad real para fomentar la permanencia de los trabajadores en activo e incentivar la prolongación de la vida laboral. El sistema público de pensiones, a pesar de su fortaleza, en los próximos años, deberá afrontar una circunstancia de especial singularidad: en un breve marco temporal, se jubilarán las generaciones del *baby-boom*, las más numerosas de la historia. Garantizar la sostenibilidad del sistema constituye un importante reto para un sistema que se basa en la solidaridad intergeneracional. Una de las respuestas del legislador para hacer frente a este desafío social ha sido 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, la cual, siguiendo la recomendación del Pacto de Toledo, del Componente 30 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia y del Acuerdo social suscrito el 1 de julio de 2021 entre Gobierno e interlocutores sociales, recoge una serie de medidas en pro de la sostenibilidad del Sistema ²⁶¹.

²⁵⁸ PERÉZ AMORÓS, F., «Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España: ¿un trabajo decente?», *Revista Técnico Laboral*, núm. 37, 2015, pp. 41-58.

²⁵⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, serie E, núm. 134, 12 de abril de 1995. *Infra, vid.* Capítulo VI, epígrafe 2.1.

²⁶⁰ El Pacto de Toledo ha sido renovado en tres ocasiones: BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 596, 2 de octubre de 2003; BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 513, 31 de enero de 2011; BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 175, 10 de noviembre de 2020.

²⁶¹ *Infra, vid.* Capítulo V, epígrafe 4.

Desde el punto de vista laboral, la edad del trabajador es relevante. Pueden identificarse, en función de ese factor, varios grupos sociales de trabajadores: menores, jóvenes y maduros²⁶².

Para el Derecho del Trabajo, el trabajador menor es fácil de identificar. Es aquél que cuenta con 16 años, *ex* artículo 6 ET, la edad mínima de admisión al trabajo²⁶³ y que aún no ha alcanzado la mayoría de edad, 18 años. En determinadas circunstancias, al margen de la necesidad de la autorización de padres o tutores para la válida celebración del contrato de trabajo, encontrarse encuadrado en este grupo de edad motiva la aplicación de peculiares reglas protectoras de la salud y de la seguridad e higiene²⁶⁴.

Sin embargo, la ambigüedad de los conceptos de trabajador joven y trabajador maduro hace que resulte difícil su concreción. Para poder identificarlos, es necesario, al menos, encuadrarlos en alguna franja de edad. En este sentido, el artículo 50 de la Ley 3/2023 de Empleo, identifica, entre otros, como colectivos prioritarios sobre los que orientar las medidas de fomento del empleo con el fin de mejorar su empleabilidad, a trabajadores jóvenes, a mayores de 45 años y a parados de larga duración. Asimismo, el artículo 52 de la misma Ley, bajo el título Políticas de empleo para mayores de 45 años, establece que se considerarán como «colectivos prioritarios de las políticas de empleo las personas demandantes de los servicios de empleo que hayan alcanzado la edad de cuarenta y cinco años, cuando hayan perdido su empleo o estén en riesgo de perderlo». Así, la Ley establece un límite —45 años— a partir del cual se va a considerar a un trabajador vulne-

²⁶² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 30 edición, Tecnos, Madrid, 2021, p. 213.

²⁶³ El artículo 2.3 del Convenio 138 de la ONU sobre la edad mínima de admisión al empleo de 1973, del que España es firmante, la estableció en 15 años y también la Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

²⁶⁴ El artículo 6 ET, en sus apartados 2 y 3, recoge algunas de las especialidades aplicables al trabajo de menores: «2. Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables. 3. Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años.». La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados. El Estatuto establece, además, otras reglas para proteger a los trabajadores menores, como la señalada por el artículo 34.3 ET, que limita la jornada máxima diaria, el artículo 34.4 que amplía el descanso intrajornadas y, el artículo 37.1 que establece el descanso semanal. Más recientemente, el artículo 3, de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, exige un mínimo del cincuenta por ciento de trabajo presencial en los contratos de trabajo a distancia realizados con menores. Asimismo, también el artículo 27 LPRL protege la contratación de menores en actividades susceptibles de riesgos específicos. Finalmente, el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres, todavía en vigor.

rable por razón de su edad. Con base en los textos legales referenciados y en determinadas políticas sociales, se considerará trabajador joven a las personas de hasta 30 años de edad y trabajador maduro a aquel que ya ha cumplido 45 años.

Habida cuenta esta clasificación, la interpretación que se puede hacer es que, paradójicamente, los trabajadores jóvenes tienen cada vez más edad y los trabajadores maduros son cada vez más jóvenes. Parece que la vida laboral plena se extiende, solamente, durante 15 años, lo que, sin duda, es un trecho demasiado corto, especialmente si se tiene en cuenta que para generar una pensión de jubilación se exige, cada vez, una vida laboral más extensa²⁶⁵.

Es necesario diferenciar, asimismo, dentro de la categoría de trabajadores maduros, otra subcategoría que señale, con más precisión, a los trabajadores de edad avanzada, merecedores de una atención especial, en lo que a políticas de empleo se refiere. La OMS considera personas de edad avanzada aquellas que superan los 60 años, mientras que, desde el ámbito de la sociología, estas son las personas mayores de 65 años. Sin embargo, desde el punto de vista laboral, para establecer el concepto jurídico de trabajador de edad avanzada es necesario evaluar otros factores, como la edad de jubilación, la situación económica y demográfica del país, así como el sistema de protección social, además de estar a lo establecido por los compromisos internacionales adquiridos por España²⁶⁶. En este sentido, en el ámbito de la UE, las Decisiones del Consejo, de 18 de febrero de 2002 y de 12 de julio de 2005, relativas a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros, se refieren a los trabajadores comprendidos entre los 55 y 64 años, como personas de más edad y trabajador de más edad, respectivamente. Este mismo concepto de trabajador de más edad fue el que se utilizó en la Estrategia Europea 2020. A nivel interno, el Acuerdo social y económico firmado por el Gobierno y las organizaciones empresariales en 2011, establece, como uno de sus objetivos, el incremento del empleo de los trabajadores de más edad, señalando como tales a aquellos comprendidos entre los 55 y los 64 años. Asimismo, en el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de más edad y promover el envejecimiento activo, la disposición adicional octava incluyó al colectivo de mayores de 55 años que hubiesen

²⁶⁵ MORALES ORTEGA, J. M., «Autoempleo y emprendimiento: ¿una salida del desempleo y/o un instrumento de prolongación de la vida activa para las personas maduras?», en VV. AA. (Dir.: MORALES ORTEGA, J. M.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, 2016, pp. 207-248.

²⁶⁶ GRANADO ROMERA, M. I., «Trabajadores de edad avanzada y protección por desempleo ante una política de envejecimiento activo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 441, 2019, p. 56.

«agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo o cualquiera de los subsidios por desempleo (...) o no tengan derecho a los mismos» como «colectivo prioritario para su participación en las acciones y medidas de políticas activas de empleo que desarrollen los Servicios Públicos de Empleo a los efectos previstos en el artículo 19 *octies* de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo»²⁶⁷.

Parece, por tanto, que la edad de 55 años es la edad a partir de la cual un trabajador puede ser considerado como un trabajador mayor o de edad avanzada, tanto a nivel nacional como europeo. Con todo, en determinados casos, convendría matizar, aún más, ese límite de edad, en función del nivel de estudios o formación del trabajador, ya que, como es sabido, cuanto menor es la formación para el empleo, mayor es la vulnerabilidad del trabajador. En este sentido, para dar la cobertura adecuada y una mayor protección social, sería necesario rebajar ese límite de edad a los 52 años, sobre todo cuando el trabajador tenga un escaso nivel de formación, como ha ocurrido con el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, se rebajó de nuevo por el RD-ley 8/2019 la edad de acceso a los 52.

La edad del trabajador maduro, que no es única ni predeterminada, lo convierte en vulnerable, ya esté en activo o se encuentre en situación de desempleo. Esa vulnerabilidad adquiere mayor intensidad, si la mayor edad se combina con otros factores, por ejemplo, con el género –las mujeres maduras son mucho más vulnerables que los hombres– o con el nivel de estudios –los trabajadores maduros pueden presentar carencias formativas, lo cual no impide que sus facultades laborales sean óptimas si se toman las medidas oportunas en lo que a formación se refiere–. Su vulnerabilidad se manifiesta tanto en la búsqueda de empleo, como en distintos momentos de la relación laboral y, fundamentalmente, con motivo de la extinción de la relación contractual. Así, cuando el trabajador maduro se halla buscando empleo, su vulnerabilidad es potencialmente superior a la del resto de candidatos y se aprecia, a veces, cierta indefensión cualificada, cuando las ofertas de empleo se ven condicionadas por un perfil de edad determinado. Asimismo, la edad del trabajador también puede condicionar o determinar algunos extremos del contrato de trabajo, desde la formalización del mismo, su interrupción, modificación, suspensión y, sin duda, su extinción²⁶⁸. En este sentido, cuando se produce la extinción de la relación laboral, normalmente, estos trabajadores se ven abo-

²⁶⁷ En la actualidad, la nueva Ley de Empleo, *ex* artículo 52, identifica, expresamente, entre los colectivos de atención prioritaria para la política de empleo, a los mayores de 45 años.

²⁶⁸ *In extenso*, *vid.* APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, J., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.

cados a un paro de larga duración. Pasado el tiempo, si el trabajador consigue retornar a la vida laboral, la vulnerabilidad se deja ver, *sensu contrario*, cuando se establece una nueva relación laboral, ya que, en muchas ocasiones, el contrato se realiza bajo una modalidad de contrato atípico. Son las dos caras de la moneda de la vulnerabilidad: por un lado, el empleo precario y, por otro, el paro de larga duración²⁶⁹.

Por todo ello, los poderes públicos deben de prestar una especial atención a estos ciudadanos, para promover las condiciones y remover los obstáculos que puedan ayudar a superar las dificultades que se les presentan, otorgándoles una protección social adecuada. Las políticas públicas activas de empleo pueden incluir exclusiones, preferencias, reservas o ayudas para fomentar el empleo de los trabajadores de mayor edad, a modo de acciones discriminatorias positivas por razón de la edad. Cabe reseñar, asimismo, la diversificación de la franja de edad de los colectivos a los que van destinadas las medidas de fomento de empleo y protección social: medidas para mayores de 45 años, medidas para mayores de 52 o 55, e incluso medidas que incentivan la contratación de mayores de 59²⁷⁰, así como otras que pretenden alargar su permanencia en el empleo²⁷¹.

El 2 de febrero de 2011 el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas suscribieron el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, comprometiéndose a elaborar una estrategia para el empleo de los trabajadores maduros que incluyera medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo con los objetivos de favorecer el mantenimiento en el mercado de trabajo de dichas personas y promover la reincorporación al mismo de aquellas que pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral²⁷². El acuerdo, finalmente, se plasmó en la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de más Edad 2012-2014. Esta Estrategia, conocida como la «Estrategia 55 y más»²⁷³, constituyó, para el bienio 2012-2014, el instrumento de las Administraciones Públicas para establecer el marco general de las polí-

²⁶⁹ PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., «La garantía de empleo de las personas de edad. Su concreción en el ámbito internacional y en la Unión Europea», *Anuario IET*, vol. 3, 2016, pp. 3-5.

²⁷⁰ <https://www.airef.es/wp-content/uploads/2020/10/INCENTIVOS/Anexo-II.-Fichas-INCENTIVOS.pdf>

²⁷¹ *Infra*, vid. Capítulo IV, epígrafe 2.

²⁷² Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones. Accesible en <https://www.ccoo.es/7d6fa511bc3bd5c38caed0a838071a8b000001.pdf>

²⁷³ Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de más Edad 2012-2014 –Estrategia 55 y más–.

ticas dirigidas a favorecer el empleo de las personas de más edad, considerándose como tales a los trabajadores de más de 55 años, sin perjuicio de que determinadas medidas que se incluían pudieran tener una edad de aplicación más temprana. En ella, se identificaban los objetivos que debían alcanzarse a lo largo del periodo previsto, así como las líneas de actuación que se desarrollarían en años sucesivos. También se incluyeron medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo, con objeto de favorecer el mantenimiento en el mercado de trabajo de estos ciudadanos y promover la reincorporación al mismo de aquellas personas que pierden su empleo en los últimos años de su vida laboral.

En la «Estrategia 55 y más», se realizó un diagnóstico de la situación de este colectivo en 2011, con una descripción de las características del mismo. En este sentido, si se excluyen o modifican algunos datos, el panorama mostrado es semejante al actual, así como sus perspectivas en el mercado laboral español²⁷⁴: los mayores de 55 años constituyen un colectivo reducido de trabajadores, con unas características propias, que representan, aproximadamente, el 12% de la población ocupada, con una presencia mayoritaria de hombres, predominando las personas con niveles de estudios relativamente bajos. Son un colectivo heterogéneo: hasta los 59 años presentan una tasa de empleo algo inferior a la media, en el caso de los hombres, la superan, mientras que entre las mujeres es muy inferior. Sin embargo, a partir de los 60 años se observa una caída brusca de la tasa de actividad y de la tasa de empleo.

En España, antes de la pandemia, la tasa de empleo de las personas de 55 a 64 años era homologable a la de la Europa de los 27. No obstante, si se excluyen de la comparación los países con entrada en la UE en 2004 –países de Europa central y del este–, la tasa de empleo en España resulta inferior en cinco puntos. En relación a la tasa de actividad de las personas de 55 a 64 años en el conjunto de la OCDE, a finales de 2019 –antes del impacto de la pandemia–, España ocupaba una posición intermedia, con una tasa del 62,6% en esta cohorte de edad, por debajo del 64% que presentan de media el resto de países. Es un colectivo con menos probabilidades de desempleo, pero también con menos probabilidades de salir de esa situación, con un riesgo elevado de permanecer en el desempleo de larga duración. En el caso de las mujeres se percibe una incidencia mayor del paro de larga duración.

Las dificultades que presentan los trabajadores maduros para permanecer en el mercado laboral, o su retorno al mismo si están desempleados, están ligadas al nivel de formación y a la experiencia profesional, así como a otros

²⁷⁴ *Ibidem*.

factores relativos al sector económico de la actividad, la profesión y la categoría del puesto de trabajo que desempeñan. El nivel de cualificación profesional es globalmente más bajo que el de la media de la población trabajadora y, al igual que en el conjunto de la población, la tasa de empleo de las personas con nivel educativo superior es mucho más elevada.

A pesar del tiempo transcurrido desde la elaboración de la Estrategia 55 y más, las circunstancias de este colectivo no han sufrido, apenas, cambios. Al desempleo que sufren los trabajadores maduros, hay que sumarle la larga duración del mismo, lo que resulta una combinación letal para esta frágil categoría de trabajadores, particularmente vulnerables. Además, si consiguen encontrar un nuevo empleo es, en muchas ocasiones, en condiciones profesionales –salariales– inferiores. Esta mayor precariedad en las condiciones de empleo, además, repercute negativamente en los periodos de cotización computables para el cálculo de sus futuras pensiones de jubilación, o para determinar futuras prestaciones de desempleo, causando pensiones de menor cuantía.

El escenario se ha visto agravado por el impacto social y económico producido por la pandemia provocada por la enfermedad del COVID-19, con un efecto devastador para las familias, para el empleo y, en general, para el tejido productivo. El Gobierno ha dedicado una cantidad ingente de recursos públicos para establecer medidas de apoyo²⁷⁵. Sin embargo, no han sido suficientes para la recuperación, o, al menos, para poder situarse en el momento anterior a la pandemia.

Para hacer frente a esta coyuntura, se ha aprobado el Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia, la estrategia española para canalizar los fondos destinados por Europa a reparar los daños provocados por la crisis sanitaria²⁷⁶. El plan de recuperación tiene un triple objetivo: apoyar la recuperación, impulsar un proceso de transformación estructural, así como un desarrollo más sostenible y resiliente. Para ello, cuenta con cuatro objetivos transversales que incorporan una importante agenda de inversiones y reformas estructurales. Estos objetivos, a su vez, orientan diez políticas palancas a través de treinta componentes²⁷⁷, entre los que hay que destacar: en primer lugar, el componente 23, dedicado a las «Nuevas políticas públicas para un mercado laboral dinámico,

²⁷⁵ En este sentido, hay que citar el Real Decreto-ley 18/2020, de 18 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, el primero de una serie de acuerdos sociales, seis en la actualidad, firmado entre el Gobierno, las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas, en defensa del empleo y para garantizar la viabilidad futura de las empresas cubriendo diferentes objetivos.

²⁷⁶ Accesible en <https://planderecuperacion.gob.es/plan-espanol-de-recuperacion-transformacion-y-resiliencia>

²⁷⁷ <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes>

resiliente e inclusivo»²⁷⁸, que pretende la inserción laboral de colectivos especialmente vulnerables, como los parados de larga duración, principalmente trabajadores maduros, a través de proyectos de inserción en los que participen todos aquellos agentes que puedan facilitar el tránsito hacia la incorporación al mercado de trabajo. Y, en segundo lugar, el componente 30 para lograr la «Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del pacto de Toledo»²⁷⁹.

El desempleo de los trabajadores cercanos a la edad de jubilación tiene tres particularidades: la elevada tasa de desempleo, la persistencia en el tiempo y, finalmente, la mayor edad de los afectados. La suma de esas tres circunstancias puede desencadenar una «espiral de paro», ya que, a medida que pasa el tiempo, encontrar un nuevo empleo será una tarea cada vez más ardua²⁸⁰. Muchos de ellos, tras un tortuoso camino de búsqueda de empleo y un largo período de paro, finalmente, antes de que hayan encontrado un empleo, alcanzaran la jubilación. Y, aunque pueda parecer la solución a su, más que probable, precaria situación económica, el desempleo prolongado al final de su vida laboral, incide negativamente en el cálculo de su prestación de jubilación. Pues, por un lado, pueden no haber alcanzado el tiempo de cotización necesario para generar el cien por ciento de la prestación, y, por otro, a partir del año 2022, para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación se tendrán en cuenta los últimos 25 años cotizados. Todo ello derivará en una pensión más pequeña, viéndose reducida, en la vejez, su capacidad económica y aumentada su vulnerabilidad.

En una situación, casi permanente, de crisis económica, que se ha visto acrecentada por la pandemia y, también, por la situación bélica en Europa, el desempleo prolongado del trabajador maduro trae consigo precariedad, riesgo de pobreza y exclusión social, por lo que son necesarias políticas de empleo que aporten recursos y soluciones para afrontar el problema. En este sentido, como se verá, la UE ha emprendido distintas acciones dirigidas a reducir el desempleo y proteger a los desempleados ante situaciones de necesidad. En resumen, políticas de empleo que pretenden extender la vida laboral, asegurar la reinserción en el mercado de trabajo de los trabajadores maduros y garantizar los recursos económicos suficientes, en todo caso, indispensables para la sostenibilidad del sistema de pensiones.

²⁷⁸ <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente23.pdf>

²⁷⁹ <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf>

²⁸⁰ PÉREZ AMORÓS, F., «Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España: ¿un trabajo decente?», *Revista Técnico Laboral*, núm. 143, 2015, pp. 41-58.

Los trabajadores en paro, mayores de 45 años, tienen que afrontar la barrera de la edad a la hora de acceso al trabajo. Esta dificultad se ve acrecentada en el caso de mujeres, que se han ausentado del mundo laboral, bien de forma temporal o, incluso, de forma prolongada en el tiempo, ausencia motivada, en muchos casos, por el cuidado de hijos. El acceso a puestos de trabajo que requieren conocimientos tecnológicos es otra de las barreras que deben superar, especialmente las mujeres mayores de 45 años, debiéndose buscar las soluciones para su inserción laboral y prevenir una posible discriminación múltiple que pueda derivar en situaciones de exclusión social.

El trabajador o el desempleado de edad madura o avanzada tiene miedo. Convertido en un trabajador vulnerable, en estos tiempos convulsos, teme la posibilidad de sufrir alguna de las vicisitudes expuestas y, en ese caso, no tener ya tiempo para conducir, a buen término, su situación laboral, antes de alcanzar la edad de jubilación. Asimismo, la realidad social evidencia que los trabajadores maduros se enfrentan a situaciones de discriminación laboral debido, entre otras causas, a la imagen estereotipada peyorativa que proyecta su edad. En este sentido, la estética social de juventud trasciende al ámbito de las relaciones laborales y, en ocasiones, se sustituye lealtad y experiencia por innovación y/o imagen. Estas circunstancias deben de ser abordadas tanto por el legislador —con los instrumentos jurídicos adecuados— como por los agentes sociales, con estrategias de actuación —señaladamente, medidas de acción positiva—, para que, socialmente, se adquiera plena conciencia del problema, con el fin de superar la reticencia a contratar y mantener en su puesto de trabajo a estos trabajadores.

Finalmente, se quiere insistir en la denominación de estos trabajadores mayores de 45 años, que se encuentran en esa franja de edad en que se alcanza la «madurez», expresión que tiene una connotación positiva. El término madurez viene definido en el diccionario de la RAE como el «período de la vida en que se ha alcanzado la plenitud vital y aún no se ha llegado a la vejez». Por tanto, la expresión «trabajador maduro» conecta con la idea del trabajador que ha alcanzado la plenitud profesional y, por ello, será la que se adoptará en este estudio. Parece fundamental imponer este concepto y huir de expresiones como trabajadores mayores, trabajadores de mayor edad o trabajadores de edad avanzada. No obstante, cuando haya que referirse, especialmente, a trabajadores muy cercanos a la edad de jubilación, se utilizará alguna de ellas. Y, por supuesto, hay que resaltar la necesidad de abandonar la idea del trabajador viejo, por su contenido altamente estereotipado vinculado a la idea de decrepitud. El lenguaje es importante para dar visibilidad a determinadas cuestiones, y esta es una de ellas.

CAPÍTULO II

LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO

1. LA EDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL

Al analizar las causas de discriminación prohibidas por el ordenamiento jurídico internacional llama la atención que la edad, hasta fechas realmente recientes, no ha estado presente de forma expresa entre los motivos protegidos en los tratados y convenios internacionales ¹.

¹ Así, en el artículo 2 de la DUDH de 1948, que reconoce la igualdad de derechos y libertades de las personas sin distinción alguna, la edad no figura recogida expresamente entre las causas típicas de discriminación listadas, aunque puede entenderse subsumida en la expresión «cualquier otra condición». Asimismo, tampoco lo está en el artículo 2.2 del PIDESC de 1966, que viene a reforzar la Declaración de Derechos, ni en el artículo 14 del CEDH de 1950, que prohíbe la discriminación por diferentes motivos. Ni siquiera la OIT menciona la edad como causa de discriminación, ni en el Convenio núm. 111, de 1958, sobre la discriminación en el empleo y ocupación, ni en el Convenio núm. 122, de 1964, sobre la política de empleo. Es más, ni siquiera utiliza expresiones genéricas que puedan determinar implícitamente su inclusión. Tan solo se encuentra una breve referencia a la edad en el artículo 5.2 del Convenio núm. 111 y en el párrafo 16 de la Recomendación núm. 122, de 1964, sobre la política de empleo, si bien con objeto de conminar a los Estados a tener en cuenta las dificultades de acceso al empleo de la «personas de edad». Las omisiones referidas pueden obedecer a que las listas de motivos que se exponen en las normas referidas no son cerradas y exhaustivas, sino listas abiertas, susceptibles de ser ampliadas a otras causas, condiciones o circunstancias personales. Pero también inciden, sin lugar a dudas, el tiempo y el contexto en que dichos instrumentos normativos son aprobados, pues durante los años 50 y 60 el envejecimiento de la población no conformaba una preocupación social, ni siquiera en Europa. Aunque durante la primera mitad del siglo xx la población europea mantuvo una tendencia creciente, la gran epidemia de 1918-1919 y las dos guerras mundiales provocaron un repunte brusco de la mortalidad entre la población joven y el consiguiente descenso de la natalidad. Estos acontecimientos afectaron con intensidad a la estructura demográfica de la población, sin que la edad constituyese una preocupación social.

La explosión de la natalidad de los años cincuenta y sesenta –el *baby-boom*–, así como el notable incremento de la esperanza de vida y el descenso de la natalidad, desde entonces hasta la actualidad, han dado lugar, por un lado, a un envejecimiento poblacional, en cierto sentido, preocupante, y por otro, correlativamente, a la aparición de la edad como motivo de discriminación. Preocupante, especialmente, desde la perspectiva de la sostenibilidad y la suficiencia de los sistemas de pensiones, por el peso de la jubilación. Así, la evolución demográfica –la inversión de la pirámide poblacional– ha propiciado importantes cambios legislativos orientados al incremento de la edad de jubilación, a la desincentivación de la jubilación anticipada y al mantenimiento de los trabajadores maduros en el mercado de trabajo. También la discriminación laboral que pueden sufrir los trabajadores maduros ha adquirido una mayor relevancia.

La escasa presencia de la edad como causa de discriminación en el empleo contrasta con el actual tratamiento que los organismos internacionales deparan a la mayor edad del trabajador. En este sentido, la edad se ha convertido en uno de los factores a tener en cuenta para la ordenación de las relaciones laborales y de Seguridad Social.

1.1 Las declaraciones internacionales de derechos. El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Las normas internacionales de protección de los derechos humanos en general, y de los derechos sociales en particular, no protegen, específicamente, a las personas de edad. En efecto, la protección contra la discriminación por razón de la edad en el Derecho Internacional solo ha sido contemplada, tangencialmente, en aquellas convenciones de Derecho Humanos en que, de alguna manera, la edad constituye un problema añadido², como el Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares³, o el Convenio sobre los derechos de personas con discapacidad⁴.

² CEBADA ROMERO, A., «Las personas de edad en el Derecho Internacional: hacia una convención de la ONU sobre los derechos de las personas de edad», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 56.

³ En el artículo 7 de su parte dispositiva, en relación con los trabajadores migrantes y familiares que se hallan en el territorio o bajo la jurisdicción de los Estados parte. Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 18 de diciembre de 1990, Asamblea General de la ONU. Accesible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>. Consultado por última vez el 23 de enero de 2023.

⁴ En el preámbulo, para reconocer la preocupación por la difícil situación en que se encuentran las personas mayores con discapacidad víctimas de discriminación. Convenio sobre los derechos de personas con discapacidad, 13 de diciembre de 2006, Asamblea General de la ONU. Accesible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>. Consultado por última vez el 23 de enero de 2023.

No obstante, los Estados que forman parte del PIDESC se comprometen a garantizar «el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» sin incluir, pues, ninguna referencia a la discriminación por razón de edad⁵. El organismo encargado de vigilar que los Estados miembros cumplen las obligaciones impuestas por el Pacto –determinando el grado de efectividad de los derechos y obligaciones– es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado en el año 1995 e integrado por 18 expertos de reconocido prestigio en materia de derechos humanos. El Comité destaca, en particular, la necesidad de ocuparse de la discriminación contra los trabajadores desempleados de más edad, que buscan trabajo o acceso a la capacitación y readiestramiento profesional.

Entre los documentos emitidos por el Comité, se debe hacer especial referencia a la Observación general núm. 6, de 1995, «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores»⁶ y a la Observación general núm. 20, de 2009, «La no discriminación y los derechos económicos, sociales culturales»⁷. La Observación general núm. 6 alude, ya en su introducción, a la situación de envejecimiento poblacional mundial, progresiva y preocupante, que califica como una revolución silenciosa, imparable, que, sin duda alguna, va a afectar a todas las estructuras sociales a escala mundial. Por ello, los Estados deben adaptar sus políticas sociales a este envejecimiento, en particular en el ámbito de la Seguridad Social. Por su parte, la Observación general núm. 20 configura la discriminación como uno de los grandes obstáculos para que una parte considerable de la población mundial pueda ejercer los derechos contenidos en el Pacto.

Con el devenir del tiempo, ante la tendencia generalizada de envejecimiento poblacional, en el seno de la ONU se ha percibido la necesidad de una norma internacional específica, un convenio de alcance universal, que garantice la protección adecuada de los derechos en la vejez más allá de los estándares mínimos de protección. En efecto, la adopción de un convenio universal, jurídicamente vinculante, sin duda contribuiría a garantizar que todas las personas disfruten de los derechos humanos también en la vejez y en igualdad de

⁵ Artículo 2, párrafo 2, PIDESC.

⁶ Observación general núm. 6, CES, 13.º período de sesiones, Ginebra, 1995. Accesible en <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-6-derechos-economicos-sociales-y-culturales-personas-mayores>

⁷ Observación general núm. 20, CES, 42.º período de sesiones, Ginebra, 2009. Accesible en <http://identidadydiversidad.adc.org.ar/normativa/observacion-general-no-20-la-no-discriminacion-y-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-2009/>

condiciones. Si bien no será la solución a todos los problemas, al menos favorecerá que los retos que deben enfrentar las personas de edad avanzada se tornen visibles y, tal vez, sea el empuje necesario para que los Estados parte emprendan acciones que den respuesta a esos retos, lo que supondría un revulsivo importante para la transformación de la realidad social. Se pretende así elevar el nivel de protección de las personas mayores

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sabedor de que el PIDESC no prohíbe, estrictamente, la discriminación por razón de la edad –aunque los derechos que se reconocen en el Pacto sí son aplicables a las personas de edad–, ha ido tejiendo los mimbres para que su protección se haga efectiva entre este colectivo⁸. La doctrina del Comité, que es de especial autoridad, ha enfatizado la obligación y necesidad de proteger los derechos de los trabajadores vulnerables, entre los que se encuentran las personas trabajadoras de más edad, que cada vez conforman un segmento de población más amplio. Así, confirma la necesidad de desarrollar una Convención Universal sobre los Derechos de las personas de edad porque «el carácter inaceptable de la discriminación contra las personas de edad se subraya en muchos documentos normativos internacionales y se confirma en la legislación de la gran mayoría de los Estados»⁹. La cuestión estará en definir el enfoque y el contenido que se dará a la Convención.

En este punto, hay que recordar la existencia de organizaciones que participen activamente, promoviendo e impulsando la adopción de una Convención Universal sobre los derechos de las personas mayores que proporcione un marco integral y sistemático para la protección y promoción de los derechos humanos en la vejez¹⁰. Estas organizaciones han señalado algunos de los contenidos que una futura Convención debería recoger: establecer los estándares legales que desafíen las conductas «edadistas», a la postre, estigmatizantes y deshumanizadoras; precisar cómo se aplican los derechos humanos en la vejez; asegurar que los Estados asuman sus obligaciones, en materia de derechos humanos, con las personas de edad avanzada; comprender mejor y hacer valer los derechos en la vejez; mejorar la rendición de cuentas de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos humanos en la vejez, así como proporcionar un marco para las políticas y la toma de decisiones en la materia.

⁸ La prohibición de discriminación por «cualquier otra condición social» que enuncia el artículo 2.2 del PIDESC, recogería la edad en ese abanico de causas prohibidas.

⁹ CES, Observación general 6, «Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores».

¹⁰ Hay que mencionar, por ejemplo, *HelpAge Internacional*, formada en noviembre de 1983, por cinco organizaciones (*Help the Aged* –ahora Age UK–, *HelpAge India*, *HelpAge Kenya*, *Help the Aged Canada* y *Pro-Vida Colombia*) que se unieron para formar esta red internacional.

Para lograr estos objetivos, lo ideal sería que la aplicación de esta posible Convención universal quedara garantizada por algún órgano específico¹¹. En este sentido, hay que señalar que, el 27 de septiembre de 2013, en el ámbito de Naciones Unidas, el Consejo de Derechos Humanos creó la figura del Experto Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad¹². Su función, como órgano de control, es supervisar el Derecho Internacional relativo a los instrumentos universales de derechos humanos en este campo, valorando las buenas prácticas y evidenciando las deficiencias, aunque sin potestad para emitir resoluciones vinculantes en casos de incumplimientos. La primera Experta Independiente, nombrada por el Consejo de Derechos Humanos en 2014, reiteró la necesidad de la creación de un Convenio Internacional¹³.

Es obligado, por otro lado, hacer una referencia al Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento creado por la Asamblea General de Naciones Unidas, al que se le encargó la realización de una propuesta sobre el contenido de los derechos específicos que debería recoger la futura Convención¹⁴. El trabajo del Grupo ha resaltado que los mecanismos internacionales para garantizar los derechos de las personas de edad avanzada son insuficientes, siendo necesario colmar las múltiples lagunas existentes¹⁵.

Y también es preciso hacer una mención de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada el 15 de septiembre de 2015 por los 193 estados parte de Naciones Unidas¹⁶. La Agenda es el compromiso y, a la vez, el instrumento para alcanzar un desarrollo holístico, en el que las personas, el planeta, la prosperidad, la paz y las alianzas son el centro de sus objetivos. Bajo el lema «que nadie se quede atrás», el colectivo de personas de edad queda incluido en la hoja de ruta de la Agenda 2030. Así, entre los 17 Objetivos de Desarrollo

¹¹ *HelpAge Internacional*. Accesible en <https://www.helpage.org/what-we-do/human-rights/>

¹² A/HRC/RES/24/20, de 8 de octubre de 2013. En esta resolución, el Consejo solicitó de que la Experta presentara un informe detallado en el que se evaluase la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes a las personas de edad. Se le pedía que, al hacerlo, identificase tanto las mejores prácticas como las lagunas en la aplicación de la legislación vigente relativa a la promoción y protección de los derechos de las personas de edad.

¹³ A/HRC/33/44, de 8 de julio de 2016. Informe de la Experta Independiente sobre el Disfrute de todos los Derechos Humanos por las Personas de Edad, que se presenta en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 24/20 del Consejo. En él se reconocen los problemas con que tropiezan las personas de edad para el disfrute de todos sus derechos humanos y se exige que la realización de un análisis a fondo y se adopten medidas para subsanar las deficiencias del régimen de protección.

¹⁴ Resolución 65/182, de 4 de febrero de 2011, de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. https://www3.paho.org/mex/index.php?option=com_docman&view=download&alias=546-seguimiento-de-la-segunda-asamblea-mundial-sobre-el-envejecimiento-a-res-65-182&category_slug=resoluciones&Itemid=493

¹⁵ CEBADA ROMERO, A., «Las personas de edad en el Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 60.

¹⁶ Resolución 70/1, de 25 de septiembre 2015, de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Accesible en https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf

Sostenible de los que consta, la mención explícita de este colectivo se halla, tan solo, en la meta 2.2 del Objetivo 2 y en las metas 11.2 y 11.7 del Objetivo 11, sin ser ninguna de ellas, reivindicaciones fundamentales de las personas de edad avanzada. Con todo, el preámbulo de la Resolución identifica, en el párrafo 23, a las personas de edad como grupo vulnerable, por lo que el colectivo queda incluido en las metas dirigidas a emprender acciones a favor de los colectivos vulnerables. Por ello, es necesario que, en el marco interno de cada Estado, se identifique a las personas mayores como un colectivo vulnerable para poder implementar, en su caso, las acciones pertinentes.

Para finalizar, en cuanto a la protección de las personas de edad, hay que recordar los acuerdos tomados en el seno de dos organismos internacionales de ámbito regional, como son la OEA o la UA. Aunque tienen la particularidad de que están orientados a las necesidades de esas regiones, ambos instrumentos están en la línea de lo que puede ser una futura convención universal de derechos de las personas de edad. Así, en junio de 2015, en el seno de la OEA, se adoptó la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, que contiene un extenso catálogo de derechos de las personas de edad. Sin embargo, solo ocho Estados de esa organización lo han ratificado¹⁷. El objeto del Convenio, tal y como indica el artículo 1, «es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad». En el Preámbulo, se insiste en «que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano». Es un acuerdo pionero y de gran relevancia, aunque para convertirse en un instrumento de protección de referencia, necesita del apoyo y ratificación de más Estados, que, de este modo, se comprometan a adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Por otro lado, en enero de 2016, la UA aprobó el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de las personas de edad en África¹⁸, cuya clave re-

¹⁷ Este Convenio fue ratificado por Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica y Uruguay, y entró en vigor en 2017, ya que, para ello, según su artículo 37, solo necesitaba de dos ratificaciones. Después, se adhirieron El Salvador, Ecuador y Perú. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp

¹⁸ Accesible en https://au.int/sites/default/files/pages/32900-file-protocol_on_the_rights_of_older_persons_e.pdf. Consultado por última vez el 22 de enero de 2023.

side en el respeto por los mayores. Como la Convención Interamericana, este Protocolo tan solo ha sido firmado por escasos Estados –cinco–, y tan solo dos lo han ratificado, Benín y Lesoto, por lo que no ha entrado en vigor ya que necesita para ello, al menos, quince ratificaciones¹⁹.

1.2 La Carta Social Europea

La CSE, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, es la aportación del Consejo de Europa al catálogo de normas internacionales protectoras de los derechos fundamentales sociales de la persona, indispensables para la convivencia en democracia. La CSE es una norma que contiene derechos y obligaciones de obligado cumplimiento por aquellos Estados que la han ratificado, ya que forma parte de su Derecho interno. España la ratificó el 29 de abril de 1980²⁰.

En 1950, al aprobarse el CEDH²¹, el Consejo de Europa no incluyó en su articulado protección alguna de los derechos sociales. De hecho, solo alberga dos derechos fundamentales relacionados con el ejercicio del derecho al trabajo: la prohibición del trabajo forzoso y la libertad sindical individual. Asimismo, su artículo 14 tampoco configuró, de modo expreso, la edad como causa de discriminación prohibida; con todo, alude a «cualquier otra situación», cláusula abierta que permite incluirla²². Dada la necesidad de proteger los derechos sociales mediante un instrumento internacional, después de un proceso de elaboración complejo, fue aprobada la CSE, una proclamación de los valores que están en la base de la civilización europea, así como una guía al Consejo de Europa en materia social²³.

La CSE de 1961, con todo, sigue omitiendo la edad entre las causas de discriminación prohibidas e incluso obvia la «típica» cláusula genérica en la que podría incluirse y solo refiere la no discriminación por razón de sexo. De

¹⁹ CEBADA ROMERO, A., «Las personas de edad en el Derecho Internacional...», *op. cit.*, p. 63.

²⁰ La CSE, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, fue ratificada por España en 1980. BOE núm. 153, 26 de junio de 1980.

²¹ La Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, CEDH, fue adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Están adheridos al CEDH 47 países.

²² Artículo 14 del CEDH, a cuyo tenor: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

²³ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La Carta Social Europea y su puesta en práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 5, núm. 1, 1978, p. 53.

hecho, las únicas referencias a los trabajadores adultos –no específicamente trabajadores maduros– son para reconocerles el derecho a la orientación y a la formación profesional –artículos 9 y 10.3, ambos de la CSE–²⁴.

La CSE fue modificada por primera vez por el Protocolo de 5 de mayo de 1988, para adaptarla a los cambios sociales acontecidos desde su adopción en 1961. El protocolo incluyó cuatro nuevos derechos, entre ellos, el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social –artículo 23–. Posteriormente, otros dos Protocolos, el de 1991 y de 1995, modificaron, de nuevo la CSE, mejorando su eficacia mediante un refuerzo del mecanismo de control. Fruto de estas modificaciones se aprobó, en 1996, la Carta Social Europea Revisada, que actualiza el contenido de la de 1961 y está formada por la CSE originaria, el Protocolo primero, ocho nuevos derechos y dos nuevas cláusulas, entre ellas, la cláusula transversal de no discriminación –artículo E²⁵–, que no incluye explícitamente la edad, aunque sí «cualquier otra situación»²⁶.

Aunque, la CSE revisada fue firmada por España en el año 2000, la necesidad de adaptar determinados aspectos de la legislación española ha llevado a posponer su ratificación hasta el 11 de junio de 2021, entrando, finalmente, en vigor, el 1 julio de ese mismo año²⁷.

1.3 Las normas internacionales del trabajo

La OIT, ya en el Preámbulo de su Constitución original de 1919²⁸, ha considerado como área susceptible de mejora, entre otras, la aplicación del principio de igualdad de retribución en igualdad de condiciones²⁹. Por ello, ha abordado la igualdad y no discriminación en el trabajo y ha ido incluyendo, en

²⁴ SALCEDO BELTRÁN, M. C., «Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 22, 2013, p. 102.

²⁵ Según el cual, «Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación».

²⁶ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 53-55.

²⁷ Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, BOE núm. 139, de 11 de julio de 2021.

²⁸ «Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia (...) y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, (...) el reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor (...)»

²⁹ Pero será el Convenio 100, de la OIT, el que se refiera expresamente a la igualdad en la remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor –igualdad salarial–. Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, CIT, 34.ª reunión, Ginebra, 28 de junio de 1951.

su normativa y documentos de trabajo, declaraciones y normas relativas a las personas de más edad³⁰. No obstante, en general, la OIT no se ha ocupado específicamente de la problemática del empleo y de las condiciones de trabajo de los trabajadores maduros. Su aproximación, cómo se verá a continuación, ha sido solo tangencial³¹.

1.3.1 LA NORMATIVA DE LA OIT

El Convenio núm. 111 de 1958, así como la Recomendación núm. 111 que le acompaña, relativos a la prohibición de discriminación en materia de empleo y ocupación³², como ya se ha dicho, no incluyen la edad entre las causas de discriminación prohibidas que el Convenio enumera el artículo 1. Sin embargo, el artículo 2 prevé la posibilidad de ampliar las causas de discriminación con el objeto promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación y eliminar cualquier tipo discriminación³³. Asimismo, el artículo 5.2 dispone, expresamente, que los Estados miembros pueden definir como no discriminatorias, medidas destinadas a satisfacer las particulares necesidades de colectivos con singularidades, entre ellos, el de las personas de edad³⁴. Lo que puede interpretarse como una llamada a la implementación de medidas de acción positiva. Por ello, se puede afirmar que el Convenio 111 prevé la posibilidad de establecer las medidas oportunas para

³⁰ Así, el Director General de la OIT reconoció las aportaciones que los trabajadores maduros realizaban a las economías y a la Sociedad. «Trabajadores de edad. Problemas de empleo y de retiro», Memoria del Director General, CIT, 46.ª reunión, Ginebra, 1962. Asimismo, en la Recomendación núm. 131, se abordan cuestiones que afectan de lleno a estos trabajadores, como son las prestaciones de invalidez y jubilación. Recomendación núm. 131 sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, CIT, 51.ª reunión, Ginebra, 29 de junio de 1967.

³¹ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo...*, op. cit., p. 35.

³² Convenio 111, Convenio sobre la discriminación, en el empleo y la ocupación, CIT, 42.ª reunión, Ginebra, 21 de junio de 1958. Entró en vigor el 15 de junio de 1960 y fue ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.

³³ Artículo 2: «Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto».

³⁴ Artículo 5: «1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la CIT no se considerarán como discriminatorias. 2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial».

satisfacer las necesidades de los trabajadores maduros, dejando la cuestión al arbitrio de cada uno de los Estados, que serán los que, finalmente, decidirán si la edad es un factor discriminatorio que necesite de protección especial ³⁵.

Resulta obligado, por otro lado, hacer una breve referencia a la derogada Recomendación núm. 150, de 1975, sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos ³⁶, por ser la primera en aconsejar la adopción de medidas para paliar las dificultades, con las que se encuentran los trabajadores maduros, en materia de seguridad y salud laboral, así como en el ámbito de la formación. En concreto, en relación con la seguridad y salud laboral, las medidas que establecía estaban enfocadas a determinar «aquellas condiciones de trabajo (...) susceptibles de acelerar el proceso de envejecimiento físico y mental», abogando, en la medida de lo posible, por su modificación. Asimismo, se conminaba a «desarrollar métodos de trabajo, herramientas y equipos adaptados a las necesidades especiales de los trabajadores de edad avanzada». En cuanto a las medidas para la formación de los trabajadores, la Recomendación núm. 150 alentaba a «proporcionar a los trabajadores de edad avanzada la orientación y la formación profesional de que precisen» para que estos pudieran mantenerse en el mercado laboral.

La Recomendación núm. 150 fue sustituida, en 2004, por la Recomendación núm. 195, sobre el desarrollo de los recursos humanos. En ella se alienta a los miembros de la organización a «fomentar el acceso a la educación, a la formación y al aprendizaje permanente de las personas con necesidades específicas (...) tales como los trabajadores de edad» ³⁷.

La Recomendación núm. 162, sobre trabajadores de edad, de 1980, constituye el eje central de la normativa internacional en la materia por su dedicación extensa, exclusiva y sistemática a los trabajadores de edad madura, a los que define como «trabajadores que, por el avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación» ³⁸.

Tal Recomendación surge, como se indica en el preámbulo, como directriz no vinculante ante la necesidad de «completar los instrumentos existentes

³⁵ ROJO TORRECILLA, E., «El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada», Ponencia curso de verano UIMP, Santander, 2016. Accesible en, <https://www.slideshare.net/erojotorrecilla/el-derecho-a-la-igualdad-de-trato-y-no-discriminacion-por-razn-de-edad-la-proteccion-de-las-personas-de-edad-avanzada>

³⁶ Recomendación núm. 150 sobre la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de los recursos humanos, CIT, 60.ª reunión, Ginebra, 4 de junio de 1975.

³⁷ Recomendación núm. 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos, CIT, 92 reunión, Ginebra, 17 de junio de 2004.

³⁸ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo...*, op. cit., p. 37.

en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores de edad, a su protección en materia de empleo y a la preparación y acceso al retiro». Constituye, pues, un llamamiento para que estos trabajadores tengan las mismas oportunidades que otros en lo relativo a la formación profesional, la seguridad en el empleo y el desarrollo de la carrera profesional.

Se hallan incluidos en el ámbito de aplicación de dicha norma internacional «todos los trabajadores que, por avance de su edad, están expuestos a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación», esto es, los trabajadores maduros. Con todo, dado que la edad cronológica es una medida subjetiva del rendimiento de un trabajador, la Recomendación deja al arbitrio de cada Estado miembro «definir con mayor precisión a qué trabajadores se aplica, con referencia a grupos de edad determinados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales y en forma apropiada a las condiciones locales»³⁹.

Desde una perspectiva material, la Recomendación núm. 162 ofrece un marco para el establecimiento de condiciones de trabajo decente y productivo de este colectivo de trabajadores que realizan o desean realizar un empleo. Y defiende, asimismo, la adopción de medidas que permitan una transición progresiva entre la vida laboral y el paso a la situación de jubilación, que se configura como voluntaria.

En cuanto a lo primero, la disposición núm. 2 anima a los Estados miembros a tratar los problemas de empleo de los trabajadores maduros a través de una estrategia global y equilibrada de pleno empleo, atendiendo a todos los grupos de población para evitar el desplazamiento del problema del empleo de un grupo a otro. Y la disposición núm. 5 señala que, los trabajadores de edad, para alcanzar la igualdad de oportunidades y de trato respecto de los otros trabajadores, han de tener acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación, a la formación profesional para el perfeccionamiento y actualización, a la seguridad en el empleo, a igual remuneración por un trabajo de igual valor, a las prestaciones de seguridad social y otras prestaciones sociales, a la seguridad e higiene, así como el acceso a un empleo de su elección, en función de su capacitación. Con todo, se permite la fijación de límites de edad en el acceso al empleo por razón de las características de determinados puestos de trabajo, como también ocurre en la normativa de la UE⁴⁰. Asimismo, la disposición núm. 10 permite adoptar medidas especiales de protección diri-

³⁹ La Recomendación núm. 162 insiste en que «los problemas de empleo de los trabajadores de edad deberían tratarse en el contexto de una estrategia global y equilibrada de pleno empleo y, a nivel de la empresa, de una política social global y equilibrada, tomando debidamente en cuenta a todos los grupos de población y garantizando así que los problemas del empleo no se desplacen de un grupo a otro».

⁴⁰ *Infra, vid.*, en el actual Capítulo, el epígrafe 2.3.

das a favorecer la permanencia o reincorporación al mercado laboral de los trabajadores maduros.

Por otro lado, la Recomendación núm. 162 promueve el establecimiento de medidas que faciliten la transición entre la vida laboral activa y la jubilación, que, según indica, ha de ser flexible y voluntaria. Pues, la línea que separa la vida laboral de la jubilación debería ir difuminándose. Para ello, es esencial el establecimiento de medidas en materia de pensiones que estén en confluencia con políticas que empleen a trabajadores de edad. Este colectivo no es homogéneo: algunos necesitan seguir trabajando para no caer en la pobreza; otros, sencillamente, quieren seguir prestando sus servicios por encontrarse en perfectas condiciones, físicas y/o mentales, contribuyendo activamente; y también existen trabajadores que desean jubilarse por no encontrarse en condiciones para continuar trabajando o, simplemente, porque su situación financiera les permite pasar a la situación de jubilación y disfrutar de la misma. La casuística, como se puede observar, es muy amplia. Por ello, la legislación, así como las políticas a escala nacional y empresarial, desempeñan un importante papel con el fin de superar la reticencia a mantener y contratar trabajadores de edad avanzada ⁴¹.

Desde una óptica práctica, la Recomendación alienta a su aplicación a través de leyes u otras disposiciones conformes a las prácticas nacionales, así como a que se adopten las medidas apropiadas para informar al público, a los servicios sociales interesados, así como a los empleadores, de los problemas que puedan plantearse a los trabajadores de edad.

La Recomendación núm. 162 se completó, en 2008, con la hoja informativa «Condiciones de trabajo y empleo: Problemas para los trabajadores de más edad» que ofrece asesoramiento sobre el empleo de trabajadores maduros ⁴². En ella se alude a las ventajas que pueden obtener los empleadores, tanto al contratar a jóvenes, como a trabajadores maduros y experimentados. Asimismo, apunta que la flexibilidad en el tiempo de trabajo puede ser una forma para mantener a estos últimos en el empleo, beneficiándose el empleador de su experiencia y los trabajadores más jóvenes de sus conocimientos ⁴³.

⁴¹ En este sentido, *vid.* «Discriminación por edad: mayor de 50 ¿y qué?», *Trabajo. La revista de la OIT*, núm. 72, agosto 2011, pp. 23-24. Accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_165642.pdf

⁴² Hoja Informativa, Ginebra, OIT, 2008. Accesible en <https://www.ilo.org/travail/lang--en/index.htm>

⁴³ Accesible en https://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/WCMS_165379/lang-es/index.htm

1.3.2 OTROS DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT promueve la igualdad de todos los trabajadores, independientemente de la edad, y fomenta la adopción de medidas para prevenir la discriminación de los trabajadores maduros en el empleo y la ocupación. Por ello, son muchos los documentos de trabajo que abordan cuestiones relativas a los trabajadores de edad, en las áreas de igualdad de oportunidades y trato, negociación colectiva, política y promoción del empleo, seguridad y salud ocupacional, y seguridad social –invalidez, vejez y seguro del sobreviviente–.

Así, entre otros informes, debe destacarse, en primer término, el documento «Derechos, empleos y seguridad social: Una nueva visión para hombres y mujeres de edad avanzada», elaborado, en 2008, al amparo de la disposición núm. 2, de la Recomendación núm. 162. Este anima a la participación de mujeres y hombres maduros para tratar las cuestiones relacionadas con la discriminación por edad, las oportunidades de empleo productivo y el acceso a la protección social. También pretende crear conciencia y buscar soluciones con las organizaciones de empleadores y trabajadores, a través del diálogo social, para los problemas que enfrentan los trabajadores maduros, y así garantizar el respeto a sus elecciones y a sus derechos⁴⁴.

El Informe presenta una lista abierta de acciones para asistir a los trabajadores maduros y hace especial hincapié en la igualdad de género, entre las que destacan las siguientes: Conseguir que las políticas de empleo y, en particular, los servicios de empleo tengan en cuenta el aspecto de género, pues las mujeres de edad avanzada sufren múltiples formas de discriminación, que incluyen estereotipos sexistas relacionados con la edad. Remover los obstáculos que dificultan la contratación y retención de los trabajadores de edad avanzada. Promocionar la formación permanente, a través de políticas para el desarrollo de conocimientos y para mejorar las competencias a lo largo de la vida laboral. Ofrecer oportunidades a los trabajadores maduros, para que puedan llevar adelante iniciativas empresariales. Reforzar la legislación para impedir la discriminación por razón de la edad, como elemento prioritario para construir la igualdad de oportunidades para las mujeres maduras. Atender las necesidades de formación y capacitación de las mujeres que, tras haber criado a sus hijos, se reincorporan al mercado de trabajo, y de las mujeres de

⁴⁴ «Derechos, empleo y seguridad social: una nueva visión para hombres y mujeres de edad avanzada», Ginebra, 2008. Accesible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_098935.pdf

más edad que no han tenido las mismas oportunidades de aprendizaje a lo largo de su vida. Ofrecer, asimismo, un entorno de trabajo adecuado y flexible para los trabajadores de edad, lo que exige eliminar las condiciones de trabajo inseguras e insalubres que pongan en peligro su capacidad y su productividad. Por último, fortalecer la seguridad social. En este sentido, por un lado, el principal desafío que enfrentan los Estados con ingresos elevados es el de velar por la sostenibilidad de los regímenes de protección social. Por otro lado, la principal preocupación de los Estados con ingresos bajos estriba en ampliar la cobertura de la Seguridad Social a las mayorías que no están cubiertas, para lo cual deberán crear, en forma gradual, sistemas de seguridad social básica.

En segundo término, interesa mencionar el documento «La igualdad en el trabajo: un objetivo pendiente de cumplirse»⁴⁵. Este Informe fue presentado en la 100.^a reunión de la CIT, celebrada en 2011, y ofrece una visión global en materia de igualdad y no discriminación en el ámbito de empleo y la ocupación, en plena crisis económica mundial. Respecto a la edad, el Informe pone de manifiesto el empeño de los países en establecer medidas para evitar y eliminar esta forma de discriminación, así como el aumento significativo del número de demandas en relación a la discriminación por razón de la edad del trabajador.

Finalmente, el documento «Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico», que contiene una serie de normas para evitar que se produzca discriminación sobre los trabajadores de edad avanzada, alerta de que entre 2020 y 2030 la fuerza de trabajo va aumentar en 420 millones de personas. Si a esta cifra se le suman los 200 millones de parados que existen en la actualidad, será necesario crear unos 600 millones de nuevos puestos de trabajo. La OIT ha puesto de manifiesto, en muchos otros documentos de trabajo, y de nuevo en este informe, que la población mundial mayor de 65 años se triplicará, con el alto impacto que supondrá tanto en el ámbito laboral como de protección social. Sin duda, el inevitable e irreversible envejecimiento de la población es una revolución silenciosa que dará lugar a un cambio demográfico estructural, conformando un desafío para el desarrollo económico, así como para los mercados de trabajo y de protección social. Es por ello que se insiste en la prevención de la discriminación por razón de la edad y la lucha contra la misma. Y se solicita a los Estados miembros que se planteen incluir en sus

⁴⁵ Informe «La igualdad en el trabajo: Un objetivo pendiente de cumplirse», CIT, 100.^a reunión, Ginebra, 2011. Accesible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf

políticas de empleo «la promoción, el cumplimiento y/o la promulgación de leyes sobre el empleo que combatan la discriminación por razón de edad»⁴⁶.

La OIT celebró el centenario de su creación en 2019, en un momento de profunda transformación para el mundo del trabajo debido, entre otras causas, a las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos y la globalización. Con tal motivo, se celebró, en Ginebra, la 108.^a reunión de la CIT. Con el fin de construir un futuro justo, inclusivo, seguro y sostenible, centrado en las personas, en el ejercicio de su mandato constitucional, la Conferencia general realizó la «Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo» que alienta a la OIT a actuar de manera urgente y aprovechar las oportunidades para alcanzar el pleno empleo, con trabajo decente y libremente elegido, que ponga fin a la pobreza y a las desigualdades⁴⁷. En este sentido, teniendo en cuenta las transformaciones demográficas, tecnológicas y laborales, en relación a los trabajadores maduros, se deben orientar los esfuerzos a «fomentar medidas que ayuden a los trabajadores de edad a ampliar sus opciones, optimizando sus oportunidades de trabajar en condiciones buenas, productivas y saludables hasta la jubilación, y permitir un envejecimiento activo»⁴⁸.

Para la OIT, la normativa que prohíbe toda discriminación por razón de edad «debe velar por que el factor edad no incida en la contratación o el despido de estos trabajadores» siendo «esencial asegurarse de que no se les denieguen posibilidades de formación o ascenso basándose estrictamente en consideraciones relacionadas con la edad»⁴⁹. Por ello, los distintos instrumentos que se han referido insisten en la necesidad de instaurar políticas que aseguren la presencia y participación de los trabajadores maduros mediante incentivos que permitan a los empleadores ofrecer más empleos a los trabajadores de edad y que estos puedan permanecer en el empleo hasta su jubilación⁵⁰.

1.4 Disposiciones de la «age discrimination in employment act»

Desde 1967, Estados Unidos cuenta con una norma federal que lucha contra la discriminación por razón de la edad en el empleo, la *Age Discrimina-*

⁴⁶ Documento «Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico», CIT, 102.^a reunión, Ginebra. Accesible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_211079.pdf

⁴⁷ Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo. Accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf

⁴⁸ Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, apdo. II.

⁴⁹ Documento «Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico...», *op. cit.*, pp. 1-135.

⁵⁰ ROJO TORRECILLA, E., «El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad...», *op. cit.*, pp. 10-13.

tion in Employment Act, conocida por sus siglas en inglés, ADEA⁵¹. Esta Ley protege a los trabajadores maduros, mayores de 40 años, de la discriminación por razón de su edad, ya sea en el empleo o en el acceso al mismo. Su aprobación, hace más de 50 años, tuvo como principales objetivos, mitigar y eliminar los daños que provocan los estereotipos negativos sobre los trabajadores de edad avanzada⁵². La norma fue completada, en 1990, con la *Older Workers Benefits Protection Act*.

La exposición de motivos de la ADEA, en primer término, avanza las dificultades que encuentran los trabajadores maduros en sus esfuerzos por conservar el empleo, y especialmente por recuperarlo cuando son expulsados del mercado laboral. En segundo lugar, la norma se refiere a la necesidad de poner fin a prácticas habituales que establecen límites de edad arbitrarios, independientemente del potencial para el desempeño laboral. En tercer término, hace alusión al problema del desempleo prolongado con el consiguiente deterioro personal, laboral y social. Dadas estas circunstancias, el propósito de la ADEA es promover el empleo de los trabajadores maduros en función de su capacidad y no de su edad, prohibir la discriminación arbitraria por edad en el empleo, ayudar a empleadores y trabajadores a encontrar formas de resolver los problemas derivados del impacto de la edad en el empleo.

El ámbito de actuación de la ADEA es muy amplio, pues es de aplicación a empleadores privados –cuando empleen, al menos, a 20 personas–, a gobiernos locales y estatales, agencias de empleo, organizaciones de trabajo y, también, al gobierno federal.

Desde una perspectiva objetiva, la ADEA prohíbe la discriminación por edad en todas las acciones que tengan que ver con el empleo. Ello incluye la contratación, el despido, el ascenso, la suspensión, los beneficios complementarios, las tareas laborales o la formación y, en general, cualquier, condición o privilegio relacionado con el empleo. Asimismo, queda prohibido acosar a un trabajador por razón de su edad.

La ADEA también declara la ilegalidad de todas las acciones que tengan por objeto tomar represalias contra cualquier persona que se oponga a determinadas prácticas de empleo discriminatorias, presente demanda por discriminación por edad, o sea participe, por ejemplo, prestando testimonio, en cualquier procedimiento de este tipo. Asimismo, la norma admite la discriminación po-

⁵¹ *Age discrimination in employment act of 1967*. Accesible en <https://www.eeoc.gov/es/node/24191>

⁵² CABEZA PEREIRO, J., «Estereotipos vinculados a la edad», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 97.

sitiva de los trabajadores maduros. Así, permite que se les favorezca, incluso si el perjudicado es un trabajador más joven pero mayor de 40 años.

La protección de la ADEA se proyecta sobre múltiples extremos: anuncios y avisos de trabajo, en los que es ilegal incluir preferencias, limitaciones o especificaciones relacionadas con la edad; programas de formación, en los que no se permiten las limitaciones de edad, que solo son válidas si se corresponden con las excepciones específicas determinadas por la ADEA; las consultas previas al empleo –aunque no está específicamente prohibido preguntar la edad a un candidato a un empleo, esta práctica puede señalar una posible intención discriminatoria, por lo que, si la información es necesaria con fines legales, una vez que el candidato haya sido contratado, se puede obtener dicha información–. Y, por otro lado, prohíbe específicamente que los empleadores denieguen beneficios a los trabajadores maduros, aunque el coste de los mismos sea superior al de los trabajadores más jóvenes, lo que, por otro lado, podría desalentar la contratación de trabajadores mayores. Finalmente, la ADEA contempla la exención de su aplicación, de concurrir ciertos requisitos y, exclusivamente, en relación a ciertas reclamaciones tasadas.

2. LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE LA EDAD DEL TRABAJADOR

2.1 Algunas cuestiones previas

La edad, como factor de discriminación, es objeto de atención por la normativa de la UE, expresamente, desde el año 1997.

La reforma del TCE, operada por el Tratado de Ámsterdam en 1997, introduce la edad como causa de discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico en los siguientes términos: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá 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»⁵³. Posteriormente, en el año 2009, se firma el Tratado de Lisboa pasando el TCE a denominarse TFUE, a la vez que se renumera su articulado

⁵³ Artículo 13 TCE.

siendo desde entonces el artículo 19 TFUE el precepto de referencia⁵⁴. Asimismo, en un nuevo artículo 10 TFUE, se formula una cláusula de transversalidad, por la que se integra el principio de igualdad en todas las políticas y acciones de la UE, para, de esta forma, luchar contra toda forma de discriminación⁵⁵.

La CDFUE, aprobada en el Consejo Europeo celebrado en Niza en el año 2000⁵⁶, incluye y recoge las causas de discriminación contenidas en el artículo 19 TFUE. La Carta, *ex* artículo 21, prohíbe así todo tipo de discriminación y en particular la ejercida, entre otras causas, por razón de edad⁵⁷. Asimismo, el artículo 25 CDFUE reconoce «el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural». La entrada en vigor del Tratado de Lisboa convierte a la CDFUE en un instrumento jurídicamente vinculante, ya que el nuevo artículo 6 del TUE⁵⁸ le atribuye el mismo valor jurídico que los tratados⁵⁹.

En la actualidad, el artículo 19 TFUE y el artículo 21 CDFUE conforman las normas de Derecho originario que rigen en esta materia. El artículo 19 TFUE presenta una configuración que permite afirmar que es un precepto extensivo, pero, simultáneamente, también es restrictivo⁶⁰. Es extensivo, si se atiende a la

⁵⁴ Artículo 19 TFUE: «1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá 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».

⁵⁵ El artículo 10 TFUE establece «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».

⁵⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DO C 202, de 7 de junio de 2016, que se promulga con motivo del Consejo Europeo de Niza del año 2000.

⁵⁷ Artículo 21 CDFUE: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o raciales, 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».

⁵⁸ Artículo 6.1 TUE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

⁵⁹ *Vid.* NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La Progresiva Política Social de la Unión Europea», en VV. AA. (Dir.: NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 27-58.

⁶⁰ BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios: la prohibición de discriminación laboral en la Unión Europea», en VV. AA. (Coord.: SALA FRANCO, T.), *Libro Homenaje al profesor Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 59.

incorporación de nuevas causas de discriminación prohibidas por el Derecho de la UE, llamadas causas de «nueva generación». Y es restrictivo, por la dimensión que el legislador comunitario ha otorgado a estas nuevas causas, que tienen un alcance más limitado que el que se dio a las causas clásicas de discriminación, como, por ejemplo, a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad⁶¹. En efecto, el artículo 19 TFUE no prohíbe directamente cualquier tipo de conducta discriminatoria basada en los motivos de nueva generación⁶², sino que habilita al Consejo, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento, para establecer las acciones adecuadas para la lucha contra estas. Es por ello que el artículo 19 TFUE carece de efecto directo y, en principio, no puede ser invocado ante los jueces nacionales⁶³. Además, a diferencia de otras causas, las acciones articuladas por el Consejo solo podrán desplegarse en ámbitos en los que la UE tenga competencias, como por ejemplo en materia de empleo y ocupación, pero no en ámbitos que sean de competencia exclusiva de los Estados miembros.

Si bien el artículo 19 TFUE enumera una lista exhaustiva de motivos de discriminación prohibidos en el ámbito de la UE, el artículo 21 de la CDFUE contiene una lista abierta. Este, en efecto, expresa en primer término una prohibición absoluta de todo tipo de discriminación, al afirmar que «se prohíbe toda discriminación», para finalizar enumerando, en particular, una serie de motivos, se podría decir, especialmente prohibidos. Parece, por tanto, que el artículo 21 de la CDFUE tiene un alcance más amplio que el artículo 19 del TFUE que, como se ha señalado, se limita a servir de base jurídica para el establecimiento de medidas legislativas⁶⁴.

Si se hace un análisis comparativo de ambas disposiciones, caben dos interpretaciones posibles. Se puede entender, bien que el artículo 21 CDFUE cuestiona lo establecido en el artículo 19 TFUE, o bien que amplía lo establecido en aquel. Ante esta disyuntiva, se hace necesaria una interpretación conjunta y sistemática de ambos preceptos, ya que los dos forman parte del ordenamiento de la UE y ambos con la categoría de Derecho originario –al haberse otorgado a la Carta el mismo valor jurídico de los tratados, *ex* artículo 6 TUE–⁶⁵.

⁶¹ El artículo 18 TFUE prohíbe, taxativamente, la discriminación por razón de nacionalidad.

⁶² Con la excepción de la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, que tiene su propia formulación en el artículo 157 TFUE, con un alcance mucho mayor y con un tratamiento jurisprudencial que ha dado lugar a la doctrina más sistemática y consolidada de la política social de la UE.

⁶³ Este extremo ha sido reconocido en asunto *Bartsch*, STJUE de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, apdo. 25, a diferencia de lo que sucede con otras causas de discriminación, como la nacionalidad, la retribución o el sexo, prohibidos por los artículos 18 y 157 del TFUE.

⁶⁴ BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios: la prohibición de discriminación laboral en la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 59-90.

⁶⁵ *Ibidem*.

De este modo, para interpretar el artículo 21 CDFUE ha de tenerse en cuenta el propio Título VII de la Carta, en el que se encuentran las disposiciones que rigen la interpretación y aplicación de la misma. Así, el artículo 52.2 CDFUE, referido al alcance e interpretación de los derechos y principios, establece que los derechos reconocidos por la Carta, que constituyen disposiciones de los Tratados, «se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos». Por tanto, aunque a la Carta se le conceda el mismo valor jurídico que a los tratados, en realidad no tiene la misma eficacia que éstos ya que, si incurriera en contradicción con alguna disposición de los Tratados, como ella misma dispone, cederá ante ellos⁶⁶. Por ello, en la comparación entre los artículos 19 TFUE y 21 CDFUE, tiene preferencia el artículo 19 del TFUE, que, sin embargo, ni tiene contenido esencial, ni reconoce el derecho fundamental a la no discriminación⁶⁷.

Precisamente, en ejecución del artículo 19 TFUE, que autoriza al Consejo a través de un procedimiento legislativo especial a llevar a cabo las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por los motivos en él enumerados, se aprueba la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Esta norma, no obstante las excepciones que admite, ofrece protección al trabajador frente a la discriminación laboral por las causas de nueva generación. Entre ellas, se incluye la edad como motivo ilegítimo de diferenciación, ofreciendo la Directiva un marco de garantías más detallado para ella. Con todo, tras un análisis normativo y pormenorizado de la Directiva 2000/78/CE, se comprobará que la prohibición de discriminación no es absoluta. A lo largo de su articulado, la norma prevé una larga lista de excepciones a su aplicación, por lo demás especialmente extensa en el caso de la discriminación por edad. Así, esta forma de discriminación constituye, sin duda, la más degradada de todas por el número y entidad de las excepciones arbitradas *ex* artículo 6 de la Directiva⁶⁸, precepto que ha dado lugar a una interesante y prolífica doctrina del TJUE.

En efecto, el recurso al criterio de la edad en las políticas de empleo ha originado que se eleven, por parte de los jueces y magistrados nacionales, un gran número de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo. Ello se

⁶⁶ BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios: la prohibición de discriminación laboral en la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 59-90.

⁶⁷ *Ibidem*. A juicio de BALLESTER PASTOR, el artículo 19 TFUE carece de contenido esencial y de eficacia directa y no reconoce ningún derecho fundamental. Es un precepto cauteloso con finalidad justificadora de eventuales tratamientos restrictivos de la cuestión antidiscriminatoria por parte de las instituciones comunitarias.

⁶⁸ *Vid.* OLARTE ENCABO, S., «Edad y ocupación. Colectivos desfavorecidos...», *op. cit.*, pp. 81-98.

debe a la dificultad para identificar con precisión aquellas diferencias de trato autorizadas por la Directiva. Se ha generado en consecuencia una amplia jurisprudencia, cuyo análisis minucioso, junto con la interpretación de la Directiva misma, permitirá distinguir las diferencias de trato por edad permitidas –por no vulnerar el principio de igualdad y no discriminación– de las que no lo están.

Ha sido precisamente la jurisprudencia del TJUE, en concreto la sentencia que resolvió el asunto *Mangold*⁶⁹, la que, por primera vez, identificó la prohibición de discriminación por razón de edad como un principio general del Derecho de la UE, al erigirse en una manifestación específica del principio de igualdad de trato, condición que le confiere aplicabilidad general⁷⁰, más allá de los límites de la Directiva 2000/78/CE⁷¹.

2.2 La protección antidiscriminatoria en la Unión Europea. Técnica normativa y contenido común

Las normas de Derecho derivado que otorgan protección antidiscriminatoria a los ciudadanos de la Unión son ocho. Sin embargo, el amparo contra la discriminación por razón de la edad solo se recoge en una de ellas, la Directiva 2000/78/CE, mientras que, en las siete restantes, la edad como causa de discriminación o bien no se contempla, o bien se hace de forma tangencial⁷².

Los instrumentos normativos mediante los cuales el legislador comunitario pretende garantizar la igualdad de trato y otorgar protección frente a las discriminaciones en el ámbito laboral, por los motivos que en ellas se mencionan, son, fundamentalmente, tres: La Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de

⁶⁹ Sentencia TJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/04, asunto *Mangold*, apdo. 75: «Por lo tanto, el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario». Esta afirmación se recoge posteriormente en otras sentencias. A modo de ejemplo, en la STJUE de 19 de enero de 2010, C-555/07, asunto *Kücükdeveci*, apdo. 50: «A este respecto, procede recordar, por una parte, que, como se ha señalado en el apartado 20 de la presente sentencia, la Directiva 2000/78/CE, únicamente concreta, sin establecerlo, el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, y, por otra parte, que el principio de no discriminación por razón de la edad es un principio general del Derecho de la Unión, por cuanto constituye una aplicación específica del principio de igualdad de trato».

⁷⁰ Vid. TAPIA HERMIDA, A., «La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar...», *op. cit.*, pp. 81-126.

⁷¹ *Infra, vid.*, en el Capítulo actual, el epígrafe 2.3.

⁷² ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo...*, *op. cit.*, p. 68.

trato en el empleo y la ocupación, multicausal; y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

De esta triada de normas, hay que señalar algunos aspectos relevantes⁷³. En primer lugar, mientras la Directiva 2000/78/CE limita su labor protectora al ámbito laboral y de la ocupación, aunque en una concepción muy extensa, la Directiva 2000/43/CE excede del ámbito laboral. En efecto, además del empleo, otorga protección frente a la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social, la atención sanitaria, la educación, las ventajas sociales y el acceso a la vivienda. Ámbitos que tienen una conexión con el Derecho de la UE ciertamente muy débil, como es el caso de la educación, o de difícil identificación, como el del acceso a la vivienda⁷⁴. Y hay que resaltar, asimismo, que, a diferencia de la Directiva 2000/78/CE, la Directiva 2000/43/CE no admite apenas excepciones a su aplicación, salvo en el caso del «requisito profesional esencial y determinante»⁷⁵.

Por su parte, la Directiva 2006/54 CE es la norma de refundición de normas precedentes que rige la igualdad de trato y no discriminación por causa de género en el empleo y la ocupación. Esta causa ha sido objeto de una rica jurisprudencia sistemática que se ha ido consolidando a lo largo de las cuatro últimas décadas, dotando a esta Directiva de un innegable peso específico.

La tres Directivas tienen una construcción técnica similar, con unos contenidos comunes objeto de igual protección para todas las causas de discriminación prohibidas. Siguiendo a BALLESTER PASTOR, la autora ha descrito la normativa antidiscriminatoria de la UE como se resume a continuación⁷⁶: Las tres son normas de mínimos, por lo tanto, mejorables por los ordenamientos internos, y, asimismo, ofrecen la posibilidad de que se desarrollen, bien por los Estados miembros, o bien por los interlocutores sociales. Conforme a dichas normas, los Estados miembros quedan obligados a establecer procedimientos judiciales y administrativos adecuados, incluso de conciliación, con el objeto de que las víctimas de discriminación obtengan la defensa y tutela adecuada.

⁷³ BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios...», *op. cit.*, pp. 55-90.

⁷⁴ Vid. REQUENA CASANOVA, M., «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, Madrid, 2011, pp. 767-793.

⁷⁵ Artículo 4 Directiva 2000/43/CE, a cuyo tenor, «No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado».

⁷⁶ BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios...», *op. cit.*, pp. 55-90.

En virtud de estas normas europeas, frente a los indicios de discriminación alegados por el demandante, se invierte el principio de la carga de la prueba, que se traslada al demandado. A su vez, los Estados miembros tienen la obligación de establecer las medidas oportunas que protejan a los trabajadores frente a posibles represalias. Asimismo, los Estados miembros quedan obligados, por una parte, a fomentar el diálogo social en materia antidiscriminatoria con los interlocutores sociales y con las organizaciones no gubernamentales, y por otra, a crear los organismos necesarios con el fin de promocionar la igualdad de trato. Por otro lado, los Estados miembros tienen el deber de derogar cualquier norma interna que contravenga el principio de igualdad de trato y no discriminación por las causas recogidas en cada una de las Directiva, y quedan obligados a establecer el régimen sancionador adecuado, esto es, sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Finalmente, las tres Directivas dan un contenido idéntico en la formulación de los conceptos básicos en relación al principio antidiscriminatorio. Estos son: discriminación directa, discriminación indirecta, legitimidad de la acción afirmativa, validez de las diferencias en atención a un requisito profesional y determinante.

Con todo, a pesar de este eje vertebrador común a todas las causas de discriminación, existen diferentes mecanismos de tutela en cada una de ellas, con regímenes jurídicos propios y excepciones específicas, debido al, doctrinalmente denominado, «carácter polimórfico», por la variedad de causas y manifestaciones de la discriminación⁷⁷.

Las excepciones al principio de igualdad permiten diferencias de trato, si estas están justificadas, objetiva y razonablemente, por una finalidad legítima y los medios para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios. Con todo, en la Directiva 2000/78/CE, el recurso a la técnica normativa ejemplificativa⁷⁸ —que permite, ampliamente, diferencias de trato justificadas— ha aumentado la capacidad de los Estados para configurar excepciones a la aplicación del principio antidiscriminatorio. Pero, sobre todo, ha mermado la capacidad del TJUE para introducir principios interpretativos más generosos, limitando, de alguna manera, sus movimientos y su tarea creativa⁷⁹.

La conclusión que se puede extraer de esta normativa antidiscriminatoria es que, con la excepción de la causa de género, del artículo 157 TFUE, y de la causa de nacionalidad, del artículo 18 TFUE, en la UE no existe, todavía, un

⁷⁷ En este sentido, *vid., in extenso*, LOUSADA AROCHENA, J., «A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009. La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria», *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, pp. 133-143.

⁷⁸ Apdos. a), b) y c) del artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE.

⁷⁹ BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios...», *op. cit.*, pp. 55-90.

principio general de igualdad de trato, similar al que pueda existir en cualquiera de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, que sea directamente aplicable. Y tampoco existe un principio antidiscriminatorio europeo, sino tan solo ciertas causas de discriminación prohibidas, cada una de ellas sus especialidades jurídicas.

2.3 La Directiva 2000/78/CE

Para estudiar la edad como causa de discriminación prohibida es preciso desgranar la parte dispositiva de la Directiva 2000/78/CE. En concreto, con relación a la causa de la edad, la parte más específica y relevante son las excepciones del artículo 6, que permite establecer diferencias de trato por edad justificadas, y valorar la incidencia que dicha norma puede tener, en las relaciones laborales del trabajador, que pueda sufrir discriminación por esta causa.

2.3.1 MARCO GENERAL REGULADOR EXCEPCIONES

Al realizar un análisis teleológico de la Directiva 2000/78/CE, se observa que el legislador ha querido facilitar a los Estados miembros la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación y así lo expresa en el artículo 1⁸⁰. Este artículo refiere unos factores discriminatorios, llamados de nueva generación, susceptibles de vulnerar la igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo –religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual–, y los sitúa, en principio, al mismo nivel.

Según ha establecido el TJUE⁸¹, la Directiva no establece *per se* el principio general de no discriminación por razón de la edad –ni por los otros motivos de nueva generación–. Tan solo lo circunscribe al ámbito del empleo y la ocupación, con el objeto de establecer un marco general para combatir la discriminación basada en los diferentes motivos que en ella se establecen⁸². En

⁸⁰ El artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE delimita su objeto, de manera general, para todas las causas de discriminación nueva generación, señalando: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato».

⁸¹ Asunto *Mangold*, STJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/04, EU: C:2005:709 y asunto *Kücükdeveci*, STJCE de 19 de enero de 2010, C-555/07, EU: C:2010:21.

⁸² *Vid.* asunto Vital Pérez, STJUE de 13 de noviembre de 2014, C-416/13, EU: C:2014:2371: «tanto del título y de la exposición de motivos como del contenido y de la finalidad de la Directiva 2000/78 se

particular, dedica a la discriminación por edad, en exclusiva, el artículo 6, sobre justificación de diferencias de trato por motivos de edad, además de las disposiciones genéricas de aplicación a todas las causas.

El artículo 2, subdivido en cinco apartados, alberga los conceptos básicos. Así, el artículo 2.1 define el principio de igualdad de trato, a efectos de la Directiva 2000/78/CE, como la ausencia total de discriminación por cualquiera de los motivos enunciados en el artículo 1, entre los que se encuentra la edad. Y, el artículo 2.2, por su parte, diferencia dos tipos de discriminación, directa e indirecta. Discriminación directa es la que se produce «cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga (por razón de su edad)»; y se considera discriminación indirecta la que se origina «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) de una edad (...) determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios». Puede así deducirse que cualquier medida que suponga un trato menos favorable para una persona, en relación a otra en situación análoga –por razón de su edad–, constituye discriminación y queda, en principio, proscrita por la Directiva⁸³. Sin embargo, si el trato desfavorable lo produce una norma, criterio o práctica aparentemente neutra –discriminación indirecta–, la Directiva permite que la medida no sea calificada como discriminatoria si la disposición se ha establecido con una finalidad legítima, que además pueda justificarse objetivamente, y los medios empleados para su consecución sean los adecuados y necesarios. Por tanto, el artículo 2.2 define una categoría, general, de justificaciones para todas aquellas medidas que puedan constituir una suerte de discriminación indirecta, incluidas aquellas que lo sean por razón de la edad del trabajador⁸⁴.

Seguidamente, en el artículo 2.3, la norma configura el acoso como conducta discriminatoria. En concreto, define el acoso como «aquel comportamiento no deseado, por alguno de los motivos indicados en el artículo 1, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y

desprende que ésta tiene por objeto establecer un marco general para garantizar a cualquier persona la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ofreciéndole una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en alguno de los motivos mencionados en su artículo 1, entre los que figura la edad».

⁸³ Es importante el matiz «en principio» porque, como más adelante se verá, una medida puede incluso constituir una discriminación directa y quedar, pese a ello, «amparada» por la Directiva.

⁸⁴ LOI, P., «El principio de razonabilidad en la discriminación por edad», en VV. AA. (Dir.: MERCADER UGUINA, J. R.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex nova, Valladolid, 2009, pp. 43-67.

crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Por su parte, el artículo 2.4 señala que «toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos del artículo 1» será considerada como discriminatoria. Finalmente, el artículo 2.5 permite una excepción general a la aplicación de la Directiva, cuando la discriminación viene motivada por medidas necesarias de orden público, seguridad y salud o para proteger derechos y libertades de los ciudadanos. Este tipo de medidas son de competencia interna y exclusiva de cada uno de los Estados miembros. Siguiendo a Lousada Arochena, el autor se refiere a este apartado del artículo como la «cláusula del bien común», de uso exclusivo del legislador, vinculada con ciertas limitaciones de los derechos fundamentales permitidas –orden, moral o salud pública–⁸⁵. Los objetivos legítimos que permiten aplicar esta cláusula están tasados en ella y los medios para lograr tales objetivos, además de ser de apreciación restrictiva, no pueden encubrir prejuicios discriminatorios⁸⁶.

El ámbito de aplicación de la Directiva se halla delimitado en el artículo 3. Así, *ex* artículo 3.1, la norma es de aplicación a todas las personas, tanto en el ámbito del empleo público como del privado, en relación: a las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y el ejercicio profesional, incluyendo los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional y reciclaje; las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; la afiliación y participación en organizaciones profesionales, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. Ya en sentido negativo, se indica que la Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad en relación con los nacionales de terceros países y apátridas –*ex* artículo 3.2–, ni a los pagos efectuados por regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes de Seguridad Social o protección social –artículo 3.3–.

La primera excepción a la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, más allá de los motivos de orden público del artículo 2.5, viene recogida en el artículo 3.4, pues, el artículo permite, expresamente, a los Estados miembros prever la posibilidad de que la Directiva no sea de aplicación a «las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad». En este caso, por tanto, no se exige a los Estados miembros ningún tipo de justificación para modular el acceso a las Fuerzas Armadas por razones de edad o de discapacidad. Así, los Estados pueden fijar una edad máxima de

⁸⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación por edad: conceptos generales...», *op. cit.*, p. 85.

⁸⁶ *Ibidem*.

acceso o vetar el acceso por razón de discapacidad. Esta excepción resulta excesiva, ya que no tiene en cuenta la existencia en las Fuerzas Armadas de múltiples puestos de trabajo con variedad de requerimientos en cuanto aptitudes. Incluso en el caso en el que se precisen ciertas capacidades, no debería presuponerse que se hayan perdido las mismas por el mero hecho de alcanzar una edad determinada o por tener una discapacidad⁸⁷. En cualquier caso, en España, la jurisprudencia del TS ha anulado, por excesivas, algunas normas en las que se establecían límites de edad para el acceso a la Policía Nacional⁸⁸ y a determinados cuerpos de las Fuerzas Armadas⁸⁹.

Aunque el Considerando vigésimo tercero de la Directiva ya adelanta que son contadas las circunstancias en que una diferencia de trato, basada en los criterios que la misma recoge como factores de discriminación –religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual–, puede estar justificada por constituir un requisito profesional esencial y determinante y que los Estados miembros deben facilitar información al respecto a la Comisión, el artículo 4.1 contiene una previsión expresa sobre los requisitos profesionales. En virtud del mismo, se permite a los Estados miembros disponer que una diferencia de trato fundada en una característica relacionada con alguno de los motivos precitados no tenga carácter discriminatorio «cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional

⁸⁷ A juicio de BALLESTER PASTOR, «No era necesaria una referencia específica en la Directiva a las FF. AA., puesto que la configuración de requisito profesional y determinante es ya suficiente para justificar la excepción en los casos de incompatibilidad entre la discapacidad o la edad y la concreta actividad de las FF. AA.», *In extenso*, vid. BALLESTER PASTOR, M. A., «Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminación comunitario», VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de la seguridad social*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 31-41.

⁸⁸ STS de 21 de marzo de 2011 –Rec. núm. 184/2008–, ECLI: ES: TS:2011:2185: «El artículo 34.2 de la Ley 62/2003, a propósito de la no discriminación en el trabajo, contemplando, en particular el acceso al empleo, además de expresar que el principio de igualdad supone la ausencia de discriminación directa o indirecta, entre otras circunstancias personales, por la edad, establece que las diferencias de trato que se fundaran en ella «no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o del contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». Pues bien, a la vista de todo ello, no encontramos la debida justificación del límite máximo de edad cuestionado en este proceso, es decir, que sea esencial y determinante para desempeñar los cometidos propios de la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía».

⁸⁹ STS de 6 de mayo de 2014 –Rec. núm. 474/2013–, ECLI: ES: TS:2015:2334: «La conclusión que aquí ha de sentarse (...) es que, por lo que hace a la Escala de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad, especialidad fundamental Medicina, no está debidamente justificado el límite de edad establecido para el ingreso directo. (...) La consecuencia que deriva de esa falta de justificación del límite de edad que es objeto de impugnación en el actual proceso contencioso-administrativo es que debe accederse a la nulidad, tanto de los apartados de la convocatoria que lo establecen, como de la privación del derecho de la recurrente a participar en el proceso selectivo producida como consecuencia de tales límites».

esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado». Aplicada a la discriminación por razón de edad, esta exención exige justificar que, para requerir una mayor o menor edad para el acceso a un empleo, o un nivel de formación o al disfrute de determinadas condiciones de trabajo, esa característica de la edad deberá constituir el requisito profesional esencial y determinante para conseguir el objetivo legítimo que se pretende y ese requisito debe ser, además, proporcionado. Lousada Arochena se refiere a este artículo como «cláusula de buena fe ocupacional», de aplicación estricta, pues, tal y como se dice en el Preámbulo, es de aplicación en contadas circunstancias⁹⁰. En este sentido, el TJUE ha señalado, en el asunto Vital Pérez⁹¹, que la previsión del artículo 4.1 es susceptible de relativizar el alcance del principio general de no discriminación por razón de la edad y que, como tal excepción a un principio general, merece una interpretación de corte restrictivo⁹². En opinión de Ballester Pastor, muy crítica con la Directiva 2000/78/CE, en relación a la edad, el requisito profesional esencial y determinante «parece muy difícil de determinar, siquiera con carácter ejemplificativo, puesto que no existen propiamente actividades que, por su naturaleza, requieran trabajadores con una determinada edad y no otra. La edad puede actuar como factor general de susceptibilidad, pero las eventuales características predicables de determinados rangos de edad pueden no cumplirse en situaciones concretas. La aplicación del requisito profesional esencial y determinante supone, pues, otorgar valor a los estereotipos, que es justamente lo que una normativa discriminatoria debiera evitar»⁹³.

El considerando vigésimo quinto de la Directiva avanza la idea de que, aunque deben prohibirse las discriminaciones, resulta esencial distinguir las diferencias de trato por razón de edad, justificadas por objetivos legítimos, como pueden ser las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional—. Esta idea se recoge en la parte dispositiva de la Directiva, que alberga un precepto específico, el artículo 6, que lleva por título «Justificación de diferencias de trato por razón de edad». Este artículo recoge las singularidades del tratamiento antidiscriminatorio por razón de la edad y la posibilidad de establecer diferencias de trato, tanto positivas como negativas, por ese

⁹⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación por edad: conceptos generales...», *op. cit.*, p. 86.

⁹¹ Asunto Vital Pérez, STJUE de 13 de noviembre de 2014, C416/13, EU: C:2014:2371.

⁹² Vid. REQUENA CASANOVA, M., «Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia del TJUE Vital Pérez», *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 38, enero, 2016, pp. 239-254.

⁹³ BALLESTER PASTOR, M. A., «El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario», en VV. AA. (Dir.: CAMAS RODA, F.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 39.

motivo. Estas especialidades son una tercera categoría de justificaciones, distintas de las estipuladas en el artículo 2.2.b) y en el artículo 4, específicas para las diferencias de trato basadas en la edad, que responde a la singularidad que ostenta este criterio entre los motivos de discriminación prohibidos.

Los Estados miembros pueden así disponer que determinadas diferencias de trato por motivos de edad no constituyan 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», especificando, en concreto, algunas de esas diferencias que pueden estar justificadas⁹⁴.

Dos son, pues, los elementos a tener en cuenta para que el establecimiento de un trato dispar pueda quedar justificado, un elemento finalista y un elemento instrumental. El artículo 6.1 exige, para que una diferencia de trato por motivos de edad se considere justificada, la existencia de fines legítimos que justifiquen la medida –elemento finalista–, y que los medios para conseguir dichos fines sean apropiados y necesarios –elemento instrumental–⁹⁵. Todo ello implica un control de la legitimidad y de la proporcionalidad de la medida, elementos de valoración amplios e imprecisos, y, tal vez, un tanto discrecionales.

El artículo contiene algunos de los fines legítimos de política social susceptibles de conformar el referido elemento finalista: las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, que, además, deberán ser de interés general, como ha manifestado el TJUE en diferentes sentencias⁹⁶. Ahora bien, como no se trata de una lista cerrada y exhaustiva, la diferencia de trato podrá justificarse en finalidades distintas a las enunciadas. En todo caso, los Estados miembros disponen, asimismo, de un amplio margen de apreciación tanto en la elección del objetivo, en materia de política social y de empleo, que sirva de justificación objetiva y razonable, como para definir las medidas adecuadas y necesarias, basadas en el criterio de la edad, que les permitan lograrlo⁹⁷.

Aunque el artículo 7 permite establecer medidas de acción positiva para garantizar la plena igualdad en la vida profesional y, en concreto, permite a un

⁹⁴ Artículo 6.1 Directiva 2000/78/CE.

⁹⁵ BALLESTER PASTOR, M. A., «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar», en VV. AA. (Coord.: BALLESTER PASTOR, M. A.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 17-75.

⁹⁶ Por todas, asunto *Age Concern England*, STJUE de 5 de marzo de 2009, C-388/2007, EU: C:2009:128.

⁹⁷ Asunto *Mangold*, STJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/04, EU: C:2005:709 y asunto *Palacios de la Villa*, STJUE de 16 de octubre de 2007, C-411/05, EU: C:2007:604.

Estado miembro mantener o adoptar «medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1», el apdo. a) del artículo 6.1, va más allá. Prevé medidas concretas de acción positiva, mediante «el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo (...) para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional». Las medidas de acción positiva, como es sabido, generan desventajas sobre las personas que las sufren *versus* los beneficios que aportan al colectivo al que van dirigidas. Específicamente, se incluyen en este apartado a jóvenes, mayores y «los que tengan personas a su cargo». Llama la atención que el legislador incluya en este contexto de discriminación por edad a estos últimos, puesto que el hecho de tener personas a cargo no parece que sea una característica singular de la edad⁹⁸. Tampoco queda muy claro a quiénes se refiere, si al sujeto cuidador o a los sujetos cuidados. Tal vez se quiere referir a las condiciones especiales de jornada que se pueden establecer para aquellos trabajadores que tengan a su cargo a niños o ancianos, introduciendo de este modo la edad de un tercero, por asociación, en las circunstancias que afectan al cuidador. Con todo, no parece muy adecuada la introducción de esta circunstancia en el ámbito de esta norma por su difícil conexión con la discriminación por razón de edad, ya que, esta cuestión parece estar, tal vez, más vinculada a la discriminación por causa de género, en vista del estereotipo de las personas que suelen ser las cuidadoras de niños y personas de edad, que en la mayoría de las ocasiones son mujeres⁹⁹. En este sentido, tal vez, este tipo de medidas deberían dejarse al ámbito de actuación de la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores¹⁰⁰.

⁹⁸ En este sentido *vid.* BALLESTER PASTOR, M. A., «El tratamiento de la edad...», *op. cit.*, pp. 95-114. A juicio de la autora, el precepto se refiere a diferencias de trato para empleos o para facilitar la inserción de ciertos colectivos, en que los aspectos peyorativos de la diferencia de trato, como pérdidas en las condiciones de trabajo, concurren con los beneficios que aportan al empleo y ocupación del trabajador. La Directiva legitima esas diferencias con carácter general y absoluto, aunque obviamente quedan sometidas a la concurrencia de los factores finalistas e instrumentales que se aplican con carácter general.

⁹⁹ En este sentido *vid.* BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios...», *op. cit.*, pp. 55-90. «La explicación a esta inclusión es la de introducir, marginalmente, la edad del sujeto de cuidado en la causa de la especial situación en la que se encuentra el cuidador, dado que los sujetos cuidados suelen ser niños o ancianos, lo que no deja de ser una relación bastante remota, además de que también pueden necesitar de cuidado otras personas. Resulta de inusitado interés el hecho de que el TJUE, hasta la fecha, reticente a incluir diferencias de trato y perjuicios sufridos como consecuencia del cuidado de hijos en el ámbito de la protección antidiscriminatoria por razón de género, el tema retorne al espacio comunitario por la vía de la discriminación por razón de la edad».

¹⁰⁰ Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Continuando con el análisis del artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, los apdos. b) y c) incluyen, a modo de ejemplo, otras diferencias de trato por razón de edad que pueden resultar justificadas, objetiva y razonablemente, si están amparadas en fines legítimos y resultan adecuadas y necesarias. Configuran en ambos casos una suerte de «desigualdad tolerada»¹⁰¹ en beneficio de intereses generales que se superponen a los intereses individuales de los sujetos afectados. En concreto, el apdo. b) permite establecer condiciones mínimas de edad, experiencia profesional o antigüedad en el trabajo para el acceso al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo, sin exigir requisitos especiales para que esta justificación resulte admisible, como podría ser el objetivo de formación profesional. Y el apdo. c) permite diferencias de trato por mayor edad, a través del establecimiento de una edad máxima para la contratación cuando esa exigencia esté basada en los requisitos de formación del puesto de trabajo de que se trate o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

A la vista del artículo 6.1 de la Directiva y del carácter general con que se expresa, cualquier diferencia de trato por motivo de la edad puede llegar a legitimarse, por lo que, en principio, no se podría construir una categoría de diferencias intrínsecamente ilegítimas¹⁰². Se trata de auténticas discriminaciones directas justificadas por las políticas sociales, quedando lejos del tópico de la discriminación indirecta¹⁰³. En efecto, algunas de estas excepciones resultan particularmente peligrosas, ya que se justifican en estereotipos atribuidos a los trabajadores maduros, como, por ejemplo, su baja formación y las dificultades para la misma, o su salida inminente del mercado de trabajo. Y, sin embargo, se olvida que aquella carencia o dificultad, no es una característica homogénea del colectivo, o que la salida del mercado de trabajo por jubilación es un derecho y no una obligación¹⁰⁴. El artículo está redactado utilizando conceptos imprecisos –requisitos de formación y necesidad de un período de actividad razonable–, lo que dificulta cualquier prueba acerca del carácter injustificado

¹⁰¹ Expresión acuñada por BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios. La prohibición de discriminación laboral...», *op. cit.*, p. 55-90.

¹⁰² A la inversa, en el asunto *Age Concern England*, STJUE de 5 de marzo de 2009, se clarifica esta cuestión: «los Estados Miembros no están obligados a prever una lista específica de las diferencias de trato por razón de edad que pueden quedar justificadas por una finalidad legítima, habida cuenta de que es principio general aquél de conformidad con el cual los países afectados vienen forzados a garantizar la plena eficacia de las directivas, pero disponen para alcanzar tal fin de un amplio margen de apreciación respecto de la elección de los medios, pudiendo concretados estos mediante un contexto jurídico general».

¹⁰³ CABEZA PEREIRO, J., «Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad...», *op. cit.*, pp. 239-260.

¹⁰⁴ BALLESTER PASTOR, M. A., «Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminación comunitario...», *op. cit.*, p. 37.

de la medida, por lo que será difícil que prospere una reclamación, por falta de justificación ¹⁰⁵.

Entre las justificaciones de diferencias de trato por razón de la edad, el artículo 6.2 permite a los Estados miembros determinar las edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez o para los cálculos actuariales respecto de los regímenes profesionales de Seguridad Social, siempre que no suponga una discriminación por razón de sexo ¹⁰⁶. En relación con esto, debe recordarse que ya el considerando decimotercero de la Directiva 2000/78/CE anticipa una exclusión material de los regímenes de seguridad social ¹⁰⁷ y protección social, cuyas ventajas no estén equiparadas a una retribución en el sentido del artículo 157 TFUE, como de los pagos realizados por el Estado para favorecer el acceso o mantenimiento de empleo en los programas de empleo ¹⁰⁸. Y, el considerando decimocuarto, por su parte, deja también al margen el establecimiento de las edades de jubilación ¹⁰⁹.

Por su parte, el artículo 8 permite a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones más favorables a la igualdad de trato que las que resultan de la Directiva, sin que esta pueda servir de justificación para reducir la protección contra la discriminación que ya ofrecen los Estados. Y en relación con la defensa de derechos, el artículo 9 exige la existencia de procedimientos judiciales o administrativos e incluso, si los Estados lo consideran oportuno, de conciliación para que las personas que se estimen discriminadas por alguno de los motivos protegidos por la Directiva, puedan exigir su cumplimiento.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Artículo 6.2: «(...) los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo».

¹⁰⁷ Aunque la Directiva 2000/78/CE no define qué debe entenderse por «régimen profesional de seguridad social», el concepto aparece definido en el artículo 2.1.f), de la Directiva 2006/54/CE, como «aquellos regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE, cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores –por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional– prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa». En este sentido, *vid.* asunto *Lesar*, STJUE de 16 de junio de 2016, C-159/15, EU: C:2016:451.

¹⁰⁸ Considerando decimotercero: «Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE, actual artículo 157 TFUE, ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo».

¹⁰⁹ El Considerando decimocuarto señala expresamente: «La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación».

El artículo 10 se refiere expresamente a la inversión de la carga de la prueba, que se traslada a la parte demandada. El demandado deberá demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando el demandante alegue hechos o indicios que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta y se considere perjudicado por la no aplicación de dicho principio. Con todo, dada amplitud del artículo 6, que deja a los Estados miembros un extenso margen de maniobra para prever medidas que establezcan diferencias de trato justificadas, la inversión de la carga de la prueba ostenta escasa eficacia en relación a la discriminación por razón de edad. En efecto, la presunción de legitimidad de un gran número de medidas que comportan diferencias de trato por razón de edad discriminatorias se refuerza, lo que exige la demostración por la parte demandante del carácter injustificado de la medida, sin que se beneficie, por tanto, de la inversión de la carga de la prueba.

Por todo lo expuesto, la labor interpretativa del Tribunal de Luxemburgo ha sido determinante. Así, la discriminación por razón de edad en el empleo ha generado a un gran número de demandas ante los órganos jurisdiccionales internos. Procedimientos en los que han sido planteadas múltiples cuestiones prejudiciales ante el TJUE, conforme al artículo 267 TFUE, preguntando por la adecuación de normas internas a la Directiva 2000/78/CE. Todas estas resoluciones permiten conocer mejor los criterios exigidos para que una diferencia de trato por razón de la edad no sea considerada discriminatoria, resultando imprescindible, en cada caso, el examen de la justificación e idoneidad de las medidas cuestionadas.

2.3.2 EXAMEN DE LA JUSTIFICACIÓN: MEDIDA OBJETIVA Y RAZONABLE Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE deja la puerta abierta a la discriminación directa por razón de edad, vulnerando, paradójicamente, el núcleo conceptual esencial que, por definición, no admitiría justificación¹¹⁰. En virtud de este artículo, el legislador comunitario admite diferencias de trato directas por motivos de edad, si éstas pueden justificarse en objetivos legítimos de políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional. Por tanto, que una diferencia de trato basada en la edad prevalezca y no sea consi-

¹¹⁰ BALLESTER PASTOR, M. A., «Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminación comunitario...», *op. cit.*, p. 37.

derada una discriminación va a depender de si la justificación de política social es adecuada y suficiente y si la medida responde al principio de proporcionalidad. El legislador nacional, al establecer una medida que suponga una diferencia de trato por razón de la edad, deberá poder argumentar la justificación de la misma.

El examen de la justificación de la medida, que deberá velar por el cumplimiento del principio de igualdad¹¹¹, supone una triple comprobación: la razonabilidad, la objetividad y la proporcionalidad de las desigualdades, de conformidad con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada¹¹².

El TJUE deberá realizar un juicio de igualdad y razonabilidad según el cual, objetividad, finalidad, idoneidad y proporcionalidad son los cuatro parámetros que deberá superar la medida examinada que introduce un trato desigual¹¹³. Así, una norma es objetiva si la existencia de un trato desigual responde a una situación de hecho diversa y no exclusivamente a características o circunstancias personales. La finalidad que persigue debe ser razonable, ya que la objetividad, por sí sola, no lo garantiza. Respecto a la idoneidad, la medida debe ser adecuada a la finalidad que persigue. Dicho de otro modo, una medida es idónea si es capaz de alcanzar el objetivo propuesto. Y, por último, la proporcionalidad requiere que el trato desigual que depara la norma y la finalidad perseguida por la misma resulten proporcionales¹¹⁴.

En todos los pronunciamientos que hasta la fecha ha dictado el TJUE, el control de la discriminación por razón de edad de la medida examinada se fundamenta en que la finalidad perseguida sea lícita, carente de arbitrariedad y, por lo tanto, objetiva¹¹⁵. Además, la medida ha de ser razonable, idónea y

¹¹¹ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «Principio de igualdad y derecho del trabajo», en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución Española, XI Jornadas de estudio*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 1074. «Requiere la justificación de las igualdades o desigualdades de trato que puedan establecerse; no permite tratar arbitrariamente de forma desigual lo que es esencialmente igual, ni tratar arbitrariamente igual lo que es esencialmente desigual».

¹¹² MERCADER UGUINA, J. R., «Bases para la construcción del juicio de no discriminación...», *op. cit.*, pp. 29-31.

¹¹³ De igual modo, el TC, en línea con el TJUE y el TEDH, sistemáticamente, exige una justificación objetiva y razonable de la diferencia y la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos. Por ello, se debe superar el test de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades.

¹¹⁴ LOI, P., «El principio de razonabilidad en la discriminación por edad», en VV. AA. (Dir.: MERCADER UGUINA J. R.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex nova, Valladolid, 2009, pp. 56-59.

¹¹⁵ En este sentido, *vid.* STC 67/1982, de 15 de noviembre, ECLI: ES: TC:1982:67, que establece que «El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de

necesaria para alcanzar la finalidad prevista. Los conceptos, objetividad y razonabilidad, por tanto, están íntimamente conectados.

La severidad del examen de justificación de la medida va a depender del tipo de discriminación que se trate de justificar. Hay que diferenciar si se trata de una diferencia de trato por razón de la edad permitida por el artículo 2.2.b), que impide la existencia de una discriminación indirecta, o permitida por el artículo 6, que impide una discriminación directa. Así, para evitar la discriminación indirecta, el legislador nacional, únicamente, deberá dejar claro cuál es el objetivo legítimo de la norma de cuya aplicación va a resultar la discriminación y superar el test de idoneidad y necesidad. Se podría decir que la justificación, en este caso, es laxa. Por el contrario, si la discriminación es directa, el control va a ser más estricto, porque la norma se construye con base en un factor de discriminación prohibido, como es la edad, lo cual va a requerir un alto nivel de exigencia probatoria de la legitimidad de la finalidad que se busca mediante una demostración concluyente. La norma infractora, para perder ese adjetivo, debe responder, como *ratio* fundamental, a estrategias para conseguir objetivos de las políticas de empleo, mercado de trabajo o formación profesional, entre otros. Deberá existir un equilibrio entre el derecho individual a no ser discriminado por razón de la edad y la finalidad de la ley que establece la discriminación, cuestión que dirimirá el TJUE y que será la forma de controlar las políticas nacionales de empleo. En este sentido, los Estados miembros que quieran hacer uso de las excepciones que la Directiva permite, tienen que declarar su intención de utilizarlas y, deben, asimismo, poder explicar las tipologías de diferencias de trato que pretenden justificar¹¹⁶.

El principio de igualdad y no discriminación exige que la diferencia de trato que limita un derecho fundamental esté objetivamente justificada y, asimismo, deberá cumplir con el principio de proporcionalidad. El Tribunal deberá verificar que la disparidad de trato responde a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad¹¹⁷. Así, el juicio de idoneidad de una medida que limita un derecho fundamental, controla que la relación entre la medida propuesta y la finalidad que se persigue sea la adecuada, es decir que sea útil para lograr el fin que justifica el límite del derecho¹¹⁸. En otras palabras, que los

cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, y que este desigual tratamiento legal tiene como límite la arbitrariedad, causa de discriminación, es decir, la falta de una justificación objetiva y razonable».

¹¹⁶ LOI, P., «El principio de razonabilidad en la discriminación por edad...», *op. cit.*, pp. 56-59.

¹¹⁷ MERCADER UGUINA, J. R., «Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad...», *op. cit.*, pp. 34-40.

¹¹⁸ *In extenso, vid.*, PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997, pp. 69-75.

medios elegidos para lograr el interés general sean los adecuados. Por su parte, el juicio de necesidad de la medida, o principio de intervención mínima, pretende que la medida restrictiva elegida, para conseguir el fin perseguido y satisfacer el interés general, sea aquella que resulte más eficaz y menos lesiva con el derecho fundamental en cuestión. Finalmente, el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, exige una ponderación de los bienes jurídicos protegidos que van a verse involucrados, tanto de aquellos bienes o derechos que justifican el límite del derecho, como de aquellos otros que van a verse afectados por la norma cuestionada. En esta confrontación de intereses habrá que tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. La medida cuestionada –el medio elegido– deberá mantener una relación razonable con el resultado perseguido. El adjetivo razonable, aunque es un concepto jurídico indeterminado, indica que es necesario armonizar el daño que infringe al particular la limitación indispensable de un derecho, con el beneficio que ello supone para el interés general.

El análisis de la jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE y en relación con la prohibición de discriminación por razón de edad, permite apreciar que uno de los criterios más utilizados por el Tribunal para la fundamentación de sus sentencias ha sido el principio de proporcionalidad. En este sentido, el asunto *Mangold*, STJUE de 22 de noviembre de 2005, fue el primer caso en el que se dirimió la adecuación de una norma de Derecho interno, en este caso alemana, a la Directiva 2000/78/CE. En su resolución, el Alto Tribunal consideró la norma nacional contraria al Derecho de la UE, fundamentando su pronunciamiento en el principio de proporcionalidad, por excederse la norma de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido al permitir celebrar contratos de duración determinada con trabajadores mayores de 52 años sin límite alguno. El TJUE recuerda así que «el principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido». Con todo, de esta resolución se desprende la idea de que la valoración de la idoneidad y la necesidad de los medios empleados conforma un deber atribuido al juez nacional. Así, son los órganos judiciales internos de los Estados miembros los que deben estimar si la medida controvertida en un litigio es adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo ¹¹⁹.

¹¹⁹ Loy, G., «El empleo de los trabajadores maduros...», *op. cit.*, pp. 70-93.

3. LA APLICACIÓN DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD

El Derecho de la UE constituye un ordenamiento jurídico completo¹²⁰, integrado por el Derecho originario –TUE, TFUE y la CDFUE¹²¹–, por el Derecho derivado, así como por aquellos principios generales de la UE a los que el TJUE atribuye la condición de constitucionales –tanto los recogidos por el Derecho originario como los emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo–. Es un ordenamiento autónomo del Derecho Internacional y de los Derechos nacionales, pero que, a la vez, penetra y se integra en cada uno de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, en ocasiones, sin necesidad de que la norma sea recogida expresamente por el Derecho nacional. Por ello, los sujetos de derecho de este nuevo orden jurídico son no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales¹²². Esto es, el Derecho de la UE alcanza, asimismo, el patrimonio jurídico de los ciudadanos, pudiendo alegarse ante los tribunales internos, a los que corresponde, correlativamente, la protección¹²³.

El Derecho de la UE se caracteriza por su primacía, su aplicabilidad inmediata y por su eficacia directa, horizontal o vertical¹²⁴, principios estructurales de este ordenamiento.

El principio de primacía se erige en garantía de la aplicación del ordenamiento de la UE en cada uno los Estados. Significa que las normas de la Unión se integran, de manera prioritaria, en el Derecho interno de cada Estado miembro¹²⁵, lo que, a su vez, implica que, ante un conflicto entre normas de ambos ordenamientos, se desplace la norma interna y se aplique la europea, aún sin necesidad de que aquélla sea formalmente derogada¹²⁶. Asimismo, fruto de la

¹²⁰ La concepción como verdadero ordenamiento jurídico se reafirma en el asunto *Costa-ENEL*, STJCE de 15 de julio de 1964, C-6/64, EU: C:1964:66.

¹²¹ Como ya se indicó, la Carta se convirtió en jurídicamente vinculante en la UE con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, al declarar expresamente el artículo 6 TUE, en su apartado primero, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.

¹²² Así se estimó en el asunto *Van Gend & Loos*, STJCE de 5 de febrero de 1963, C-26/62, EU: C:1963:1, «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales».

¹²³ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2006, p. 392.

¹²⁴ ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Civitas, Navarra, 2009, pp. 25 y ss.

¹²⁵ Asunto *Simmenthal*, STJCE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, EU: C:1978:49.

¹²⁶ En el ordenamiento jurídico español el artículo 4 bis) LOPJ ordena a los jueces y tribunales la aplicación del Derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

aplicabilidad inmediata y la eficacia directa del Derecho de la Unión, este despliega todos sus efectos jurídicos desde su entrada en vigor, momento a partir del cual puede ser directamente invocado por los particulares ante una jurisdicción nacional o europea.

El TJUE reconoció la eficacia directa del Derecho originario desde un inicio, siempre que las obligaciones impuestas por el precepto invocado sean claras, precisas, incondicionales y no requieran medidas complementarias. Otra solución hubiera puesto en peligro el objeto de los Tratados y la propia naturaleza del sistema jurídico de la UE ¹²⁷. Cuestión distinta es la eficacia del Derecho derivado.

El reglamento ostenta alcance general, es obligatorio en todos sus elementos, y persigue la unificación normativa. Desde su publicación en el DOUE, es válido y eficaz por sí mismo, pues no necesita de norma de transposición. Se integra simultáneamente en los ordenamientos internos de los Estados miembros adquiriendo plena eficacia, bien cuando en él se determine o bien a los 20 días de su publicación, generando desde ese momento derechos y obligaciones en sus destinatarios ¹²⁸. Tiene, pues, efecto directo completo.

La directiva es una norma de carácter principal que pretende la armonización de las legislaciones nacionales mediante su transposición al Derecho interno ¹²⁹. A diferencia del reglamento, carece de alcance general y solo obliga a los Estados a los que va dirigida en cuanto al resultado que debe obtener. En ella se señalan los objetivos y fines a conseguir por los Estados destinatarios, que tienen el deber de desarrollarla en sus ordenamientos mediante su transposición en el plazo por ella señalado. Estos quedan obligados, únicamente, en cuanto al resultado que deben alcanzar, pero, en virtud de lo dispuesto por el artículo 288 TFUE, tienen libertad para elegir la forma y los medios para hacerlo ¹³⁰. La directiva no tiene efecto directo completo hasta su transposición y, en ese momento, la norma resultante podrá ser invocada ante los Tribunales de

¹²⁷ Asunto *Costa-ENEL*, STJUE de 15 de julio de 1964, C-6/64, EU: C:1964:66.

¹²⁸ Sobre el particular, conviene recordar el artículo 288 TFUE, a cuyo tenor «Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (...)».

¹²⁹ Continúa, el artículo 288 TFUE, señalando que «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

¹³⁰ Existe una tendencia, por parte del TJUE, a requerir de los Estados miembros que el cumplimiento de las directivas se lleve a cabo de una forma determinada. En este sentido, *vid.* BALLESTER PASTOR, M. A., «La efectividad en España de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea (la dimensión desconocida de las cláusulas horizontales)», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2016, pp. 968 ss.

Justicia y ante la Administración del Estado, los cuales deberán otorgar la protección debida al ciudadano que reclama ¹³¹.

Mediante la transposición, los Estados miembros deben integrar en su Derecho interno las directivas que emanan de las instituciones europeas. En ocasiones, el Estado destinatario no procede a la transposición de la misma en el plazo estipulado, o bien lo hace de manera deficiente o incompleta, infringiendo, en ambos casos, el artículo 288 TFUE. Como remedio a estas situaciones y para garantizar la uniformidad y aplicabilidad del Derecho de la UE, el TJUE elaboró la doctrina jurisprudencial del efecto útil, o efecto directo vertical de la directiva ¹³². Conforme a esta doctrina, cabe su invocación por el ciudadano ante los poderes públicos del Estado, entendido este en sentido amplio y sin distinciones, ya actúe, pues, como autoridad pública o como empleador. Para ello, se exige que las disposiciones de la directiva sean precisas –completas y jurídicamente perfectas–, incondicionales –que no se encuentren sometidas a plazo ni reserva– y que no dejen amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros para la ejecución. En el caso de falta de transposición, o que esta haya sido deficiente, cuanto mayor sea la concreción del contenido de la directiva, mayor será su aptitud para desplegar el efecto directo vertical. Asimismo, mientras no haya transcurrido el plazo para su transposición, en aplicación del principio de colaboración leal, el Estado miembro deberá abstenerse de adoptar medidas que puedan comprometer el efecto útil de la directiva, favoreciendo la armonización ¹³³.

Por el contrario, el Estado que no ha realizado la transposición en plazo, o bien no lo ha hecho correctamente, no puede exigir frente a los particulares el cumplimiento de las obligaciones o derechos contenidos en ella. Por tanto, el efecto vertical directo de la directiva es, exclusivamente, unidireccional. Es el remedio, o sanción, para que el Estado que no ha cumplido con sus obligaciones asuma su responsabilidad frente a los particulares perjudicados ¹³⁴. En efecto, carece de efecto vertical inverso, salvo que el Estado cumpla, adecuadamente, con su obligación de transposición al Derecho interno.

¹³¹ ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de las directivas...*, op. cit., pp. 52-55.

¹³² Asunto *Grad*, STJCE de 6 de octubre de 1970, C-9/70, EU: C:1970:78; asunto *Van Duyn*, STJCE de 4 de diciembre de 1974, C-41/740, EU: C:1974:133; asunto *Becker*, STJCE de 19 de enero de 1982, C-8/1981, EU: C:1982:7. Esta doctrina resultó matizada en el asunto *Marshall*, STJCE de 26 de febrero de 1986, C-152/1984, EU: C:1986:84, al admitir exclusivamente el efecto directo vertical de la directiva. Esto es, la invocación de la directiva por el particular solo ante el Estado incumplidor, al corresponder a este el mandato de transposición infringido, pero no contra un particular –efecto directo horizontal–, ni por un Estado de la UE contra un particular –denominado el efecto vertical inverso–.

¹³³ ALZAGA RUIZ, I., *La eficacia de las directivas ...*, op. cit., pp. 58 ss.

¹³⁴ *Ibidem*.

Por otro lado, es habitual la confusión del principio de prevalencia del Derecho de la UE con la errónea atribución de eficacia horizontal a disposiciones carentes de la misma. En este sentido, los particulares pueden pretender hacer valer los derechos contenidos en una directiva, que no ha sido transpuesta en plazo o se ha realizado deficientemente, frente a otros particulares, es decir, pueden tratar de alegar la directiva en controversias *interprivatos*. La jurisprudencia comunitaria, constantemente, ha negado la posibilidad de invocar las directivas en litigios entre particulares. En efecto, «el Tribunal de Luxemburgo ha declarado, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona»¹³⁵. Carece, por tanto, de eficacia directa horizontal, esto es, no es de aplicabilidad directa en las relaciones entre particulares.

Para paliar estas limitaciones, atendiendo a la eficacia interpretativa de la directiva –de los objetivos que pretende alcanzar y que deben de inspirar a los aplicadores del Derecho en general–, el TJUE ha articulado diferentes vías para atender, en la práctica, las pretensiones de los particulares perjudicados¹³⁶.

La primera de ellas, que resulta especialmente valiosa, es la vía de la interpretación conforme, que se erige en instrumento corrector del Derecho interno y en pro de la aplicabilidad de las directivas que no han sido debidamente transpuestas. El principio de interpretación conforme se fundamenta en la primacía del Derecho europeo frente al Derecho interno, siendo de especial relevancia la actuación del tribunal interno¹³⁷. Así, «al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional (...) está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por este para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin del alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 TFUE»¹³⁸.

¹³⁵ Asunto *Dansk Industri*, STJUE de 14 de abril 2016, C-441/14, EU: C:2016:278. Previamente, en el mismo sentido, asunto *Marshall*, STJCE de 26 de febrero de 1986, C152/84, EU: C:1986:84; asunto *Marleasing*, STCE de 13 de noviembre de 1990, C-106/1989, EU: C:1990:395; asunto *Faccini Dori*, STCE de 14 de julio de 1994, C-91/92, EU: C:1994:292; asunto *Pfeiffer* y otros, STJUE de 9 de septiembre de 2003, C-397/01 a C-403/01, EU: C:2004:584; y asunto *Kofoed*, de 5 de julio de 2007, C-321/2005, EU: C:2007:408.

¹³⁶ MATIA PORTILLA, F. J., «De la aplicabilidad de la directiva a su simple eficacia», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 16, 1997, pp. 65-74.

¹³⁷ Asunto *Marleasing*, «al aplicar el derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la directiva y así, atenerse al párrafo tercero del artículo 249 del Tratado».

¹³⁸ Asunto *Dansk Industri*.

En definitiva, el juzgador interno debe de interpretar la norma interna a la luz de la directiva para que ambas sean compatibles, de tal manera que, a la vez que se respeta la falta de eficacia horizontal de la directiva, se dota a esta de un plus interpretativo que hace que adquiera un mayor alcance.

La obligación del juez nacional de interpretar las normas de Derecho interno a la luz de las normas europeas queda limitada por los principios generales del derecho, en particular los de seguridad jurídica y el de irretroactividad, y hasta el límite de lo posible, no debiendo forzar la exégesis¹³⁹. De hecho, el Tribunal de Luxemburgo ha reconocido el carácter limitado de la interpretación conforme al Derecho de la UE: «la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional»¹⁴⁰. Con todo, el problema es que el Tribunal de Justicia no suele acompañar esta doctrina jurisprudencial con algún tipo de decálogo de principios jurídicos que pongan límites a esta obligación del juez nacional de hacer funciones de juez-legislador, ni su alcance¹⁴¹. Así, el *quid* de la cuestión está en que la interpretación mayoritaria de la norma se vea corregida para así evitar una lectura incompatible de la norma interna con la directiva, pero sin alterarla¹⁴².

La interpretación conforme, que da lugar a la «eficacia indirecta» de una directiva, va a depender de la rigidez o elasticidad del régimen interno cuya aplicación se pretenda. En este sentido, en ocasiones, no será posible, por la regulación minuciosa de la norma interna, mientras que otras normas más flexibles, propiciarán la misma¹⁴³. Con todo, si la interpretación conforme resulta *contra legem* del Derecho interno, el juez nacional deberá dejar de aplicar la norma nacional¹⁴⁴. No se trata de sustituir la norma nacional por la disposición de la Directiva, sino de inaplicarla por ser contraria a la misma, excluirla. En su caso, el juez deberá rellenar la posible laguna generada aplicando otra norma interna compatible con la directiva.

¹³⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «El efecto horizontal de la Directiva 2000/78/CE (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de *Karsten Eigil Rasmussen*)», *La Ley Unión Europea*, núm. 38, La Ley, 2016, pp. 1-50.

¹⁴⁰ Asunto *Adeneler* y otros, STJUE de 4 de julio de 2006, C-212/04, EU: C:2006:443.

¹⁴¹ *Vid.*, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «El efecto horizontal de la Directiva...», *op. cit.*, pp. 1-50.

¹⁴² *Vid.*, MATIA PORTILLA, F. J., «De la aplicabilidad de la directiva a su simple...», *op. cit.*, pp. 65-74.

¹⁴³ *Vid.*, CABEZA PEREIRO, J., «Interpretación conforme, eficacia directa y otras...», *op. cit.*, pp. 11-12.

¹⁴⁴ *Vid.*, ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., «La eficacia horizontal (con renglones torcidos) de la prohibición de discriminación por razón de edad: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 19-4-2016 (Asunto C-441-14, *Dansk Industries* vs. Sucesores de *Karsten Eigil Rasmussen*)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, pp. 931-940.

Así, aunque el particular no puede alegar la directiva para fundamentar su demanda frente a otro particular, sí puede solicitar del juez nacional que interprete la norma aplicable a la luz de la misma para obtener el objetivo perseguido por aquella. La directiva se invoca procurando la inaplicación de una norma interna contraria a la misma y no para hacer valer un derecho ¹⁴⁵.

Asimismo, cuando el Derecho de la UE no ha podido ser aplicado por resultar la interpretación conforme *contra-legem*, el Tribunal de Luxemburgo propone una segunda vía de reparación: el Estado miembro incumplidor deberá, además de proceder con rapidez en la adecuación del Derecho nacional contradictorio con el europeo, responsabilizarse de los daños causados. Uno de los argumentos que el Alto Tribunal señala para responsabilizar al Estado del daño es que, en efecto, la plena eficacia de las normas de la UE está condicionada a una acción por parte del Estado miembro, de tal forma que los particulares no pueden alegar ante los tribunales internos los derechos que les reconoce el Derecho de la UE si no se ha realizado esa acción. En consecuencia, el particular que no ha podido reclamar su derecho *interprivatos* y que se ha visto perjudicado por ello, podrá entablar una acción contra el Estado infractor para que repare los daños causados ¹⁴⁶. Para emprender la referida acción por daños y perjuicios contra el Estado infractor es necesario que concurran determinados requisitos. Así, es preciso, en primer lugar, que el efecto prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. En segundo término, el contenido de esos derechos ha de poder identificarse con base en las disposiciones de la directiva. Finalmente, es necesario que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del Estado y el daño sufrido por el particular ¹⁴⁷.

La Directiva 2000/78/CE, como el resto de las directivas, carece de eficacia directa. Sin embargo, constituye el marco de desarrollo de un derecho que ostenta el rango de derecho fundamental de la UE, reconocido por el Derecho originario, del que puede predicarse su eficacia horizontal, no extensible, no

¹⁴⁵ Asunto *Marleasing*, STJE de 13 de noviembre de 1990, C-109/89, EU: C:1990:395.

¹⁴⁶ De acuerdo con la jurisprudencia derivada del asunto *Francovich*, STJCE de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C 9/90, EU: C:1991:428. *Vid.*, asimismo, STS de 17 de octubre de 2016 –Rec. núm. 36/2016–, ECLI: ES: TS:2016:4408: «Cuando los términos de la directiva, que no ha sido transpuesta en plazo o lo ha sido indebidamente, son claros, terminantes e incondicionados, se abren distintas posibilidades: 1.º) su aplicación directa en los litigios entre los particulares y la Administración Pública del Estado, eficacia vertical. 2.º) tratándose en cambio de un litigio entre particulares, eficacia horizontal, entra en juego el principio de interpretación conforme que obliga a analizar la posible aplicación del derecho interno adecuada a las previsiones de la directiva; 3.º) y de no ser factible una interpretación conforme, no le queda al particular perjudicado otra opción que reclamar una indemnización por daños y perjuicios al Estado infractor». Sobre la referida eficacia vertical, procede citar, asimismo, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, ECLI: ES: TC:2015:232.

¹⁴⁷ Asunto *Francovich*, STJCE de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C 9/90, EU: C:1991:428.

obstante, al conjunto de la norma de Derecho derivado¹⁴⁸. En virtud de lo establecido en el artículo 21 de la precitada Directiva, los Estados destinatarios, en su momento, realizaron su transposición a través de las disposiciones pertinentes, derogando o modificando, en su caso, las normas relacionadas con la edad, para acomodarlas a la norma europea. En España, como ya se ha dicho, la transposición se articuló por medio de la Ley 62/2003, que modificó algunas normas para adaptar su contenido a la misma¹⁴⁹, lo que supuso «un refuerzo de la protección contra la discriminación por razón de edad»¹⁵⁰.

Al abordar el principio de no discriminación por razón de edad, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer incide en que el Tribunal de Luxemburgo, en relación con la Directiva 2000/78/CE y el principio que desarrolla, «moviéndose en una zona gris entre la interpretación conforme y el efecto de exclusión, ha dado una especial relevancia al alcance de las directivas sobre discriminación al entender que consagran o concretan un principio general del Derecho de la Unión Europea», matizando la doctrina de la interpretación conforme y el efecto de exclusión, a través de la jurisprudencia¹⁵¹.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha experimentado la evolución siguiente: en la resolución del asunto *Mangold*, STJUE de 22 de noviembre de 2005, el Alto Tribunal estimó que una norma alemana vulneraba el principio general del derecho de la UE de no discriminación por razón de la edad. En la sentencia, el TJUE declaró que el juez nacional debía garantizar la protección jurídica que confiere el Derecho de la UE al justiciable, así como la plena eficacia del principio de no discriminación por razón de edad, dejando de aplicar cualquier disposición de la Ley alemana interna que pudiera resultar contraria a la precitada Directiva, la cual se inspira en ese principio general.

Casi cinco años después, la doctrina se refuerza con la resolución del asunto *Kücükdeveci*, STJUE de 19 de enero de 2010, en un litigio entre particulares en el que se dirimía si el juez nacional debía aplicar o excluir una norma contraria al principio de no discriminación por razón de edad contenido en la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal de Luxemburgo, aunque reitera que «una directiva, por sí sola, no puede crear obligaciones a cargo de un particular por lo que no puede ser invocada en calidad de tal contra dicha persona», reconoce la posibilidad de corregir una discriminación por razón de edad a través de la inaplicación

¹⁴⁸ Asunto *Dansk Industri –DI–*, STJUE de 14 de abril 2016, C-441/14, EU: C:2016:278.

¹⁴⁹ ARTETA MARTÍNEZ, M., «La eficacia del Derecho de la Unión Europea en materia de igualdad y no discriminación laboral por razón de edad», *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018, pp. 11-29.

¹⁵⁰ STC 280/2006, de 9 de octubre de 2006, ECLI: ES: TC:2006:280.

¹⁵¹ *Vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Interpretación conforme y efecto exclusión de las Directivas Laborales en la Unión Europea», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2016, pp. 619-627.

de la norma contraria a la directiva y, por tanto, la singularidad del alcance del principio. De nuevo, como en el asunto *Mangold*, ordena al juzgador interno «garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la Unión a los justiciables y la eficacia plena de este, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio»¹⁵². De esta forma, se dota a los jueces internos de las prerrogativas necesarias para que el principio de primacía se respete y, asimismo, estos sirvan de instrumento para paliar las deficiencias en la transposición de las directivas mediante la inaplicación de la norma nacional contraria al principio del Derecho de la UE, como, en este caso, es el principio de no discriminación por razón de edad que se concreta en la precitada Directiva¹⁵³.

La STJUE de 19 de abril de 2016, asunto *Dansk Industri*, confirma de nuevo la doctrina establecida en el asunto *Kücükdeveci*. Además, la matiza al afirmar que el principio de no discriminación por razón de edad confiere «un derecho subjetivo invocable como tal, aun en los litigios entre particulares, que obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio»¹⁵⁴. El TJUE confirma con este fallo «la aplicación directa del principio general de no discriminación por razón de la edad»¹⁵⁵, tal y como se concreta en la Directiva 2000/78/CE, aunque sin afirmar la aplicabilidad directa de esa Directiva pero sí la del principio general que desarrolla»¹⁵⁶.

Según precisa el TS, para poder reconocer la eficacia horizontal de un derecho desarrollado por una Directiva, se exige que concurren dos requisitos¹⁵⁷: por un lado, su reconocimiento por la CDFUE –revelándose, pues, el Tratado de Lisboa, por el que se le concede carácter vinculante, de suma relevancia– y, por otro, su concreción o precisión, de tal modo que confiera por sí mismo, un derecho subjetivo concreto, siendo necesario expreso desarrollo normativo¹⁵⁸. Con todo, solo podrán invocarse derechos o principios funda-

¹⁵² Asunto *Kücükdeveci*, STJUE de 19 de enero de 2010, C-555/07, EU: C:2010:21.

¹⁵³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Interpretación conforme y efecto exclusión...», *op. cit.*, pp. 619-627.

¹⁵⁴ Asunto *Dansk Industri*, STJUE de 14 de abril 2016, C-441/14, EU: C:2016:278

¹⁵⁵ El principio de no discriminación por razón de la edad ya había sido declarado principio general del Derecho de la Unión en el asunto *Mangold* y en el asunto *Kücükdeveci*.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «Interpretación conforme y efecto exclusión...», *op. cit.*, pp. 619-627.

¹⁵⁷ STS de 8 de junio de 2016 –Rec. 207/2015–, ECLI: ES: TS:2016:2728.

¹⁵⁸ CABEZA PEREIRO, muy crítico analizando el posicionamiento del TS sobre el particular, así como su doctrina general, no ve obstáculos a la atribución de eficacia directa a una norma imperativa autosuficiente, si incorpora un mandato inequívoco y rotundo, que además reitera un derecho contenido en la Carta de Derechos Fundamentales. En este sentido, *vid.* CABEZA PEREIRO, J., «Interpretación conforme, eficacia directa y otras técnicas al servicio de la primacía del Derecho de la Unión Europea en el entorno

mentales referidos a materias sobre las que la UE tenga competencias, pues, como precisa el artículo 6 TUE, éstas no resultan ampliadas por la Carta ¹⁵⁹.

El principio de igualdad y no discriminación por razón de edad abarca, pues, dos dimensiones ¹⁶⁰. La primera, en su cualidad de principio del Derecho de la UE, una dimensión objetiva, que debe inspirar la aplicación de las normas y las actuaciones de los poderes públicos. Y, la segunda, una dimensión subjetiva, pues contiene elementos propios de un derecho que faculta a las personas legitimadas a exigir su cumplimiento. La dimensión subjetiva implica, asimismo, un contenido doble: por un lado, el derecho a la igualdad de trato por razón de la edad y por otro el derecho a la igualdad de oportunidades por razón de la edad, lo que significa el establecimiento de medidas de acción positiva y de igualdad de oportunidades ¹⁶¹.

El recurso a la directiva, como instrumento para la armonización de las legislaciones internas, tal y como se ha visto, puede presentar disfunciones. Parece necesario que el legislador y la doctrina, conjuntamente, aborden y procuren la manera de establecer la conexión correcta entre las disposiciones de los Tratados –Derecho originario–, las disposiciones de las directivas –Derecho derivado– y las leyes internas que desarrollan los contenidos de estas. Esta tesitura conduce a plantear la siguiente cuestión: ¿no sería más adecuado que, en aras de la igualdad para el ejercicio de los derechos y la uniformidad de la aplicación del Derecho de la UE, estos derechos fueran desarrollados por un reglamento, de alcance general y aplicabilidad directa? ¹⁶².

4. EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE LA EDAD EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Uno de los fines del Derecho es regular situaciones necesitadas de protección. Por ello, el ordenamiento jurídico y, en concreto, el Derecho del Trabajo debe otorgar protección a aquellos trabajadores que puedan verse discrimina-

de una legislación laboral contradictoria con las Directivas de política social», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2017, pp. 491-503.

¹⁵⁹ El artículo 52.2 CDFUE dispone que «las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos».

¹⁶⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Discriminación por edad: conceptos generales...», *op. cit.*, p. 78.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² En este sentido, *vid.*, MATIA PORTILLA, F. J., «De la aplicabilidad de la directiva a su simple eficacia...», *op. cit.*, pp. 65-74.

dos en el empleo por razón de su edad, evitando, si es posible, la lesión del Derecho fundamental y, en caso de que esta ya se haya producido, procurar la reparación del daño causado.

En primer lugar y por su importancia, de nuevo, hay que hacer una breve referencia al artículo 14 CE, que alberga el principio de igualdad y no discriminación. Como ya se ha dicho, la edad no se encuentra entre las causas de discriminación prohibidas enumeradas por dicho precepto. En efecto, siguiendo la doctrina emanada de la jurisprudencia del TC, el referido artículo no recoge una lista cerrada de causas, no obstante, además de contener una interdicción explícita de determinados factores de discriminación históricos y contrarios a la dignidad de la persona, recoge, *in fine*, una cláusula general abierta que incluye, entre las causas de discriminación, «cualquier otra condición o circunstancia personal». Así, en virtud de la misma, la edad queda amparada y protegida por la prohibición de discriminación *ex* artículo 14 CE como una circunstancia personal susceptible de diferenciación¹⁶³.

El ET es la norma básica que, por mandato constitucional¹⁶⁴, regula las relaciones de trabajo. Su versión inicial fue aprobada en 1980¹⁶⁵, tan solo dos años después de que se refrendara y aprobara el texto constitucional español. En la redacción vigente, el artículo 4.2 ET, incluido en el Capítulo I, dentro de la sección 2.^a, que alberga los «Derechos y deberes laborales básicos», dispone que «En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho (...) c) a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español»¹⁶⁶. Como se puede observar, el reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razón de edad se encuentra sujeto a los límites que en el mismo Estatuto se determinen. La norma admite, por tanto, un trato diferente por este motivo, mientras que los otros factores de discriminación enumerados no encuentran límite alguno en el texto legal salvo la discapacidad que se regula en el párrafo segundo del artículo 4.2.c).

Asimismo, desde su origen, el artículo 17 ET, con el título «No discriminación en las relaciones laborales», ordena explícitamente, por primera vez en

¹⁶³ CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 3, 2007, pp. 77-120.

¹⁶⁴ El artículo 35.2 CE recoge el mandato «La ley regulará un estatuto de los trabajadores».

¹⁶⁵ RDL 8/1980, de 10 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 64, de 14 de marzo de 1980.

¹⁶⁶ Artículo 4.2.c) ET.

el ordenamiento interno, la prohibición de discriminación por razón de edad en el empleo. Su redacción, que ha sufrido sucesivas modificaciones, ha quedado formulada, finalmente, de la siguiente manera: «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español»¹⁶⁷. Nótese que el texto del artículo abre la puerta a la discriminación positiva para las causas de la edad y la discapacidad, y no para las otras causas enumeradas, pues tan solo para aquellas concreta la prohibición de establecer medidas desfavorables mientras que para el resto de causas no hace esta diferenciación¹⁶⁸. No obstante, hay que señalar que, el apdo. 3 del mismo artículo deja abierta la posibilidad de establecer medidas de acción positiva –reserva, duración o preferencia en el empleo– con el fin de facilitar la colocación de desempleados, yendo más allá de la prohibición de discriminación¹⁶⁹.

El EBEP¹⁷⁰ también recoge en el artículo 14, que adolece de orden sistemático, un listado de derechos de distinta naturaleza jurídica entre los que se encuentra el derecho a la no discriminación por razón de la edad. El precepto señala textualmente lo siguiente: «Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: «(...) a la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o cir-

¹⁶⁷ Artículo 17.1 ET.

¹⁶⁸ OLARTE ENCABO, S., «Edad y ocupación. Colectivos desfavorecidos...», *op. cit.*, pp. 81-97.

¹⁶⁹ Artículo 17 ET: «2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo. Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido».

¹⁷⁰ RD L 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE núm. 61, de 30 de octubre de 2015.

cunstancia personal o social». El derecho a no ser discriminado por razón de la edad, entre otras causas, se reconoce para todos los empleados públicos, esto es, funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo por tiempo indefinido o temporal, o personal eventual ¹⁷¹, dentro de su ámbito subjetivo de aplicación. Con la inclusión de este derecho en la normativa estatal que regula la Función Pública, se cumple con lo previsto por la Directiva 2000/43/CE, la Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2006/54/CE ¹⁷². Asimismo, el artículo 95 de la misma Ley, califica como falta disciplinaria muy grave y, por tanto, sometida a un posible procedimiento sancionador disciplinario «toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo» ¹⁷³.

La LISOS ¹⁷⁴ configura como infracciones administrativas del orden social, las acciones u omisiones, tipificadas y sancionadas en la misma, así como en las leyes del orden social ¹⁷⁵. La Ley señala como sujetos responsables a las personas, físicas y jurídicas, y en particular a los empresarios de la relación laboral ¹⁷⁶. Asimismo, el artículo 8.12 califica como infracciones muy graves, entre otras, «las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables (...) así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». Y, en particular, el artículo 8.13.bis) califica como infracción muy grave, entre otras, el acoso por razón de edad, «cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

¹⁷¹ Artículo 8 EBEP.

¹⁷² QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., «La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011, pp. 107-146.

¹⁷³ Artículo 95.2.b) EBEP.

¹⁷⁴ RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2000.

¹⁷⁵ Artículo 5 LISOS.

¹⁷⁶ Artículo 2 LISOS.

Por otro lado, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional¹⁷⁷, en el Capítulo II, que lleva por título «Obligaciones de los empresarios que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», prevé, *ex* artículo 3, la obligación del empresario de garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española, entre ellas, las relativas a la igualdad de trato y la no discriminación directa o indirecta, entre otras causas, por razón de la edad dentro de los límites legalmente marcados, siempre que los trabajadores se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Hay que señalar que, esta garantía de mínimos laborales es aplicable cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo.

En el marco de las políticas de empleo, la Ley 3/2023 de Empleo¹⁷⁸ establece entre otros objetivos, «favorecer las condiciones para la generación de mercados de trabajo inclusivos en que se garantice la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo...» así como «la atención especializada de colectivos prioritarios para las políticas de empleo y la eliminación de cualquier clase de discriminación asegurando políticas adecuadas de incorporación laboral dirigidas a los citados colectivos»¹⁷⁹. La Ley regula una serie de situaciones, en relación a la prohibición de la discriminación, incidiendo, particularmente, en la en causa del género y la edad. En efecto, ya en la exposición de motivos, se declara que «la perspectiva de género tiene que impregnar de modo transversal las políticas de empleo. A tal efecto, se conmina al establecimiento de objetivos sectoriales cuantitativos de disminución de la brecha de empleo y posibilita el desarrollo de medidas de impulso a la incorporación de trabajadores en ámbitos feminizados y, a la inversa, de trabajadoras en sectores y grupos profesionales superiores en que se hallen infrarrepresentadas. Y también la edad de las personas demandantes de servicios de empleo es objeto de atención específica, especialmente en aquellos casos en los que exista baja cualificación.». Así, *ex* artículo 5, la Ley de Empleo configura los principios rectores de la política de empleo. Entre ellos, en primer lugar, «los principios de igualdad y no discriminación en el acceso y consolidación del empleo y desarrollo profesional por motivo de edad, sexo..., o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social favoreciendo de esta manera la cohesión social.

¹⁷⁷ Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999.

¹⁷⁸ Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

¹⁷⁹ Artículo 4, Ley de Empleo.

Tales principios regirán, en particular, el diseño y ejecución de las políticas de empleo, la garantía y cumplimiento de los servicios garantizados y compromisos reconocidos en esta ley, así como el acceso a los servicios de empleo, básicos y complementarios, y otros programas o actuaciones orientados a la inserción, permanencia o progresión en el mercado de trabajo». En efecto, la Ley garantiza a las personas pertenecientes a colectivos prioritarios para la política de empleo, «la prestación de los servicios especializados para facilitar su inserción laboral o, en su caso, el mantenimiento del empleo y la promoción profesional»¹⁸⁰.

La Ley que transpuso al Derecho interno la Directiva 2000/78/CE, Ley 62/2003, de 30 de septiembre, no parece que haya sido el instrumento adecuado para ello por su falta de visibilidad, al ser una Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 2004. En efecto, conformó un mero trámite para cumplir con la exigencia de transposición. Con todo, desde un punto de vista técnico, se adapta formalmente a la Directiva, ya que realiza una transposición de mínimos, limitándose a reproducir de forma prácticamente literal las definiciones de discriminación y acoso, así como parte del articulado¹⁸¹.

No obstante, la Ley 62/2003 introdujo algunas modificaciones en la legislación laboral interna para adecuarla a la Directiva 2000/78/CE que transponía¹⁸². Las más importantes se refieren al ET, en concreto, el párrafo c) del apdo. 2 del artículo 4, que añade las causas ilegítimas de distinción o trato dispar. También se modifica el apdo. 1 del artículo 17 ET, como ya se ha señalado, que declara nulos y sin efecto alguno los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables, por las nuevas causas discriminatorias. Se introduce, asimismo, en el apdo. 2 del artículo 54 ET, como causa de incumplimiento de contrato, susceptible de despido disciplinario, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Asimismo, la Ley 62/2003 modificó dos artículos de la Ley 2/1995, de 7 de abril, de Procedimiento Laboral, incorporados a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. En particular, se modificó el artículo 96 LPL –actual artículo 96 LJS–, que regula la

¹⁸⁰ Artículo 31, Ley de Empleo.

¹⁸¹ Artículo 28, Ley 62/2003.

¹⁸² Artículo 37, Ley 62/2003.

inversión de la carga de la prueba en los procesos en los que el demandante aporte indicios fundados de discriminación por razón de sexo, al que se añadieron las causas de discriminación de última generación, como son la orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y acoso. Y también se reformó el artículo 181 de la misma Ley –actual 177 LJS– que incluyó la posibilidad de recurrir al proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas ante supuestos de acoso.

Para finalizar este recorrido normativo, hay que referirse a la Ley 15/2022, de 12 de julio, que garantiza y promueve el derecho a la igualdad y la no discriminación, por las causas que en ella se mencionan, así como la igual dignidad de las personas. El artículo 2.1 recoge los motivos de discriminación prohibidos e incluye los contenidos en el artículo 14 CE y las seis causas de «nueva generación» de la normativa antidiscriminatoria de la UE, así como las recogidas en el ET. Además, esta Ley incorpora nuevos motivos: la identidad sexual y expresión de género, la enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos y la situación socioeconómica. Así, las causas de discriminación que enumera el artículo son: nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión o convicción, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En el ámbito interno, la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, de derecho antidiscriminatorio específico, «viene a dar cobertura a las discriminaciones que existen y a las que están por venir, ya que los desafíos de la igualdad cambian con la sociedad y, en consecuencia, también deberán hacerlo en el futuro las respuestas debidas»¹⁸³. En este sentido, es muy relevante que, ya en el Preámbulo, se refiere, especialmente, a la edad como la causa de discriminación que, «potencialmente, podría afectar en los próximos años a un gran porcentaje de población, como consecuencia del paulatino envejecimiento de nuestra sociedad», lo que revela la preocupación del legislador por el impacto social, actual y futuro, de esta causa discriminatoria. En efecto, la Ley 15/2022, depara la tutela necesaria para luchar contra la discriminación por razón de edad.

Es una Ley integral que tiene el objetivo de proporcionar los instrumentos adecuados y efectivos para luchar contra todas las formas de discriminación, también de aplicación al ámbito del empleo. Así, *ex* artículo 9, regula el

¹⁸³ Preámbulo de la Ley 15/2022.

derecho a la igualdad y no discriminación por las causas en ella previstas, entre las que se encuentra la edad, en el acceso al empleo, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la formación para el empleo. Su carácter transversal y multidisciplinar revela la tendencia del legislador a establecer un marco normativo antidiscriminatorio único. Ello no excluye la posibilidad de que se establezcan otras normas referidas a aspectos más concretos relativos a la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación de las personas mayores, tal vez, de ámbito autonómico, habida cuenta las competencias que ostentan en esta materia

Una de las principales novedades que introdujo la Ley 15/2022 es la creación, *ex* artículo 40, de la figura de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, un organismo independiente, unipersonal, basado fundamentalmente en la *auctoritas* de su titular. Su función es la de promover el derecho antidiscriminatorio. En efecto, la Autoridad será la «encargada de proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación de las personas por razón de las causas y en los ámbitos competencia del Estado previstos en esta ley, tanto en el sector público como en el privado»¹⁸⁴. Sin duda, un avance, a la vez que un desafío, para lograr que el sistema de tutela antidiscriminatoria por razón de edad tenga una efectividad real.

¹⁸⁴ Artículo 40 Ley 15/2022.

CAPÍTULO III

LAS POLÍTICAS DE EMPLEO PARA UN ENVEJECIMIENTO ACTIVO

1. EL EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

Aunque, originariamente, los objetivos de la CEE eran puramente económicos, con el transcurso del tiempo y con el objeto de reforzar la unión económica, la UE comienza a desarrollar la dimensión social del Proyecto Europeo ¹. Así, en 1992, con la entrada en vigor del Tratado de *Maastrich*, se incorpora al derecho originario el Protocolo de política social y el Acuerdo sobre la política social anexo al Tratado, con objetivos claramente sociales como la promoción del empleo y del diálogo social, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, la lucha contra las exclusiones o la protección social. Los progresos de la UE en materia de empleo se consolidan con la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam, que agrega al TCE, *ex novo*, el Título VIII, denominado «Empleo», con «normas programáticas en materia de ocupación, formación profesional y fomento de una estrategia coordinada de políticas de empleo por los Estados miembros» ².

Se abre, así, una nueva etapa que está cimentada sobre tres pilares: el reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como elemento consti-

¹ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «La dimensión social de la Unión Europea en el actual proceso de integración», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016, pp. 91-107.

² FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Políticas de fomento del empleo, estrategia de prolongación de la vida activa y discriminación», en VV. AA., *Estrategia europea, Estado Autonomico y política de empleo. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2007, pp. 813-830.

tucional de la UE; el impulso del «Derecho Comunitario del Trabajo», a través de la autonomía colectiva, el diálogo social y la ampliación las competencias en materia social; y, el establecimiento de un marco concreto para el tratamiento de las políticas de empleo³.

La actuación de la UE en materia de empleo tiene su fundamento en el artículo 145 TFUE, a cuyo tenor, «los Estados miembros y la Unión se esforzarán (...) por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico» con vistas a la consecución de los objetivos del artículo 3 TUE⁴. En lo que a la empleabilidad de los trabajadores maduros se refiere, la UE se ha revelado como la conductora de los Estados miembros, con el fin de proporcionar un tratamiento coordinado a los problemas de este colectivo, a través de tres ámbitos o marcos de actuación⁵. En el ámbito normativo, se ha desarrollado el principio de no discriminación por razón de la edad. En el marco de las políticas de empleo, se promueve el envejecimiento activo y el pleno empleo⁶ –al que se prestará especial atención en este capítulo–. Y, finalmente, en el ámbito de los sistemas sociales de protección, que trata de garantizar su sostenibilidad⁷.

Así, por lo que se refiere al primero –el ámbito normativo⁸–, siguiendo las pautas de la Recomendación núm. 162, de 1980, sobre trabajadores de edad, la UE prohíbe la discriminación por razón de la edad del trabajador –entre otros motivos– en el artículo 21 de la CDFUE. Esta prohibición conecta con el reconocimiento del «derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente» en el artículo 25 de la misma Carta⁹.

³ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas pasivas y activas de empleo para las personas de edad avanzada», en VV. AA. (Dir.: MORALES ORTEGA), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, Madrid, 2016, p. 91.

⁴ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Políticas de fomento del empleo, estrategia de prolongación de la vida activa...», *op. cit.*, p. 815.

⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad...», *op. cit.*, p. 93.

⁶ NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2000, p. 12.

⁷ *Vid., in extenso*, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, J., «El tratamiento internacional comunitario del empleo de las personas de edad avanzada: entre la prohibición de discriminación y el envejecimiento activo», en AA. VV. (Dir.: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, J.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 88 ss.

⁸ *Supra, vid.* Capítulo II, epígrafe 2.1.

⁹ *In extenso, vid.* TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pp. 54 ss.

Por su parte, el artículo 10 TFUE promueve la incorporación de la lucha contra toda discriminación en las políticas y acciones de la UE. Y el artículo 19 TFUE –en los mismos términos que el precedente artículo 13 TCE– habilita al Consejo y al Parlamento a adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otras razones, por edad. Asimismo, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prevé la prohibición de discriminación por las llamadas causas «de nueva generación», entre las que se encuentra la edad de trabajador. No obstante, en relación a esta causa, el artículo 6 de la precitada Directiva permite, a modo de excepción, que determinadas diferencias de trato por razón de la edad no sean calificadas como discriminatorias si están justificadas en criterios objetivos y razonables, 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»¹⁰. En este sentido, el TJUE¹¹ ha exigido que dichas finalidades respondan al interés general y no a un interés meramente individual¹². Así, entre las finalidades legítimas admitidas por el Alto Tribunal, conforme el artículo 6.1, destaca el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo para facilitar la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo¹³, si bien ha de valorarse la proporcionalidad de la medida en relación con el objetivo perseguido.

Hay que mencionar, aunque ya no esté vigente, el Reglamento 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo¹⁴. Esta norma nació con una vigencia limitada¹⁵, con la finalidad de promover la empleabilidad de ciertos colectivos desfavorecidos como el de los trabajadores maduros. Consideraba tales, *ex* artículo 2.f), a «toda categoría de personas que tengan dificultades para introducirse en el mercado de trabajo sin ayuda». Esto es, personas

¹⁰ Sobre las justificaciones, *vid.* CABEZA PEREIRO, J., «Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad...», *op. cit.*, pp. 239-257.

¹¹ *Vid.*, entre otros, el asunto *Age Concern England*, STJCE de 5 de marzo de 2009, C-388/07, EU: C:2009:128 y asunto *Hutter*, STJUE de 18 de junio de 2009, C-88/08, EU: C:2009:381.

¹² Asunto *Fuchs y Köhler*, STJUE de 21 de julio de 2011, C-159/10 y C-160/10 EU: C:2011:508.

¹³ Asunto *Mangold*, STJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/04, EU: C:2005:709.

¹⁴ DOCE L 337/3, de 13 de diciembre de 2002.

¹⁵ El Reglamento 2204/2002 fue modificado por el artículo 1 del Reglamento 1976/2006 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, por lo que respecta a la prórroga de su aplicación, que extendió hasta el 30 de junio de 2008.

que han de reunir al menos una de las características que se concretan en el propio precepto y entre las que se incluye expresamente a «toda persona mayor de 50 años que carezca de trabajo o que vaya a perderlo». El Reglamento vigente es el 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado¹⁶, versión consolidada, aplicable, *ex* artículo 1.1.f), a las ayudas a la contratación y empleo de trabajadores desfavorecidos, cuyo artículo 2.4.d) considera trabajador desfavorecido, a los efectos de las ayudas de Estado compatibles con el mercado interior, a toda persona «que tenga más de 50 años» sin más requisitos. En su artículo 2.99.g) define como trabajador muy desfavorecido al que «no haya tenido un empleo fijo remunerado durante al menos 12 meses y pertenezca a una de las categorías b) a g) mencionadas en la definición de trabajador desfavorecido». El Reglamento excluye de su ámbito de aplicación, *ex* artículo 4.1, apdos. o) y r), las ayudas para la contratación o la compensación de costes de asistencia de trabajadores desfavorecidos que superen los cinco millones de euros por empresa y año. Y, en su artículo 6.1, señala que solo es aplicable a las ayudas que tengan un efecto incentivador. No obstante, *ex* artículo 6.5.c), este requisito no será necesario cuando se trate de ayudas para la contratación de trabajadores desfavorecidos en forma de subvenciones salariales. El artículo 32 dispone que, en las ayudas para la contratación de trabajadores desfavorecidos, «serán subvencionables los costes salariales a lo largo de un período máximo de 12 meses a partir de la contratación». Si se trata de un trabajador muy desfavorecido, dicha subvención se puede alargar hasta un período de 24 meses. En cuanto a las ayudas destinadas a compensar los costes para asistir a los trabajadores desfavorecidos, el artículo 35.2 señala que serán subvencionables los costes de empleo a lo largo de un período máximo de 12 meses, o de 24 meses, si se trata de un trabajador muy desfavorecido. La asistencia prestada consistirá, en concreto, «en medidas de apoyo a la autonomía del trabajador desfavorecido y a su adaptación al entorno de trabajo, en el acompañamiento del trabajador en los procedimientos sociales y administrativos, en la facilitación de la comunicación con el empleador y en la gestión de conflictos».

Nos referimos, ahora, al tercero de los ámbitos de actuación, el de las políticas enfocadas a la sostenibilidad de los sistemas de protección social que se abordan en el «Libro Blanco: Agenda para unas pensiones adecuadas, segu-

¹⁶ DOUE L 187/1, de 26 de junio de 2014.

ras y sostenibles»¹⁷ —que se desarrollan, ampliamente, en el Capítulo V, a través de la institución de la jubilación—. La prolongación de la esperanza de vida ha elevado el número de jubilados y el período de disfrute de la duración de la prestación de jubilación. Ello, unido a la jubilación de la numerosa generación del *baby-boom* y al esperado descenso del número de cotizantes, debido a la inversión de la pirámide demográfica, hace que, el envejecimiento pensionado sea un gasto ingente para las arcas del Estado y su sostenibilidad sea, cuando menos, cuestionable. Más aún, en momentos de crisis económica¹⁸.

En general, las orientaciones de la UE han tratado de impulsar reformas en los sistemas de pensiones de los Estados miembros para asegurar su sostenibilidad financiera no solo a corto plazo sino también a medio y largo plazo. Así, retrasar la edad legal y la edad real de jubilación, penalizar las salidas del mercado laboral a edades manifiestamente tempranas, incentivar la permanencia en activo incluso después de cumplir la edad legal de jubilación son algunas de las medidas propuestas. También se incide en la necesidad de equilibrar la contributividad de las prestaciones respecto de las cotizaciones aportadas y de retocar los ajustes paramétricos, así como de impulsar sistemas complementarios, sin olvidar la perspectiva de género¹⁹. En concreto, la Decisión 2021/0137/UE del Consejo, 2 de junio de 2021, señala, expresamente, que en «un contexto de creciente longevidad y de cambio demográfico, los Estados miembros deben velar por que los regímenes de pensiones de los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena sean adecuados y sostenibles y ofrezcan igualdad de oportunidades para mujeres y hombres en la adquisición de derechos de pensión, en particular mediante regímenes complementarios para garantizar unos ingresos adecuados en la vejez. Las reformas de las pensiones deben apoyarse en políticas destinadas a reducir la brecha de género en las pensiones y en medidas que amplíen la vida laboral, como el aumento de la edad efectiva de jubilación, y han de enmarcarse en estrategias de envejecimiento activo. Los Estados miembros deben establecer un diálogo constructivo con los interlocutores sociales y otras partes interesadas pertinentes y permitir una introducción progresiva de las reformas»²⁰.

La Comisión, teniendo en cuenta las recomendaciones incluidas en sus Estudios Prospectivos Anuales sobre Crecimiento, realizó una serie de reco-

¹⁷ COM 2012/55 final, de 16 de febrero de 2012.

¹⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 96.

¹⁹ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 96.

²⁰ Orientación núm. 8 de la Decisión 2021/0137/UE del Consejo, 2 de junio de 2021.

مندaciones sobre las reformas que deberían llevarse a cabo para garantizar la sostenibilidad de un sistema de pensiones adecuado y que, a la vez, podrían contribuir a una consolidación fiscal favorable al crecimiento: «a) vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida; b) restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral; c) favorecer la prolongación de la vida laboral facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, adaptando los lugares de trabajo a una mano de obra más diversificada, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo y saludable; d) igualar la edad de jubilación de hombres y mujeres; y e) fomentar la constitución de planes de ahorro privados complementarios para mejorar los ingresos de la jubilación»²¹. Con todo, el Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento para el año 2022 no refleja estas recomendaciones, no obstante, señala que algunos Estados han incluido reformas destinadas a mejorar la sostenibilidad y adecuación de sus sistemas de pensiones a largo plazo, en sus planes de recuperación y resiliencia²².

El éxito de las reformas destinadas a aumentar la edad de jubilación depende, en gran medida, de que se ofrezca a los trabajadores maduros mejores oportunidades para permanecer en el mundo laboral. Para ello, es necesario adaptar la organización del trabajo y los lugares donde se desarrolla, insistir en el aprendizaje a lo largo de la vida, la formación continua, establecer políticas destinadas a conciliar la vida laboral con la vida privada o familiar, tomar las medidas necesarias que contribuyan al envejecimiento saludable y luchar contra las desigualdades de género y la discriminación por edad²³.

El gasto estructural en prestaciones de jubilación del año 2023 ascendió a más de 160.000 millones de euros –en 2014 eran menos de 125.000 millones–, lo que representa casi el 12% del PIB²⁴. Estos datos son más que preocupantes y ponen en entredicho la sostenibilidad del sistema de pensiones²⁵.

²¹ Comisión Europea, *Libro blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) 55 final, p. 10.

²² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones. Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento Sostenible para 2022, COM (2021) 740, de 24 de noviembre de 2021, p. 15.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de Seguridad Social de 2023. Accesible en, https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/2af39386-e9b6-49f2-b6d7-9082d74e73cd/20233I04AN_ECO.pdf?MOD=AJPERES

²⁵ *Infra, vid.* Capítulo V, epígrafe 4.

2. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO DE LA UE: ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y PLENO EMPLEO

La actuación de la UE en el ámbito de las políticas de empleo y en pro del envejecimiento activo requiere, ahora, un análisis más exhaustivo. Puede considerarse que tiene su origen en el año 1993, declarado «Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre generaciones»²⁶. La crisis económica azotaba a Europa de lleno y los actores comunitarios se dieron cuenta de que el desempleo podía significar un lastre para los objetivos económicos de la Comunidad, así como para el proceso de integración. El entonces presidente de la Comisión Europea, *Jaques Delors*, en el documento «Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI», el llamado Libro Blanco de *Delors*, propone, por primera vez, establecer una estrategia para el empleo en el ámbito comunitario y lo sitúa entre las prioridades de la Unión. Tan solo un año después, en el Consejo Europeo celebrado en *Essen* en 1994, se inicia el camino de aunar las políticas de empleo para Europa. En esa cumbre europea emerge la idea de la coordinación entre los Estados Miembros para tratar el problema del empleo, que, al ralentizar la consecución de los objetivos económicos, se estima prioritario²⁷. En este sentido, se decidió presentar al Consejo Europeo, un informe anual en materia de empleo que abordara los avances logrados por los Ministros de Trabajo y Economía de los Estados miembros, junto con la Comisión Europea²⁸.

El 29 de junio de 1995, se publica la que, tal vez, sea la primera declaración política sobre la necesidad de actuar en el ámbito del desempleo de los trabajadores maduros: la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros relativa al empleo de los trabajadores de edad avanzada²⁹, a cuyo tenor: «La evolución demográfica hacia un envejecimiento de la población activa ha ocasionado ya la adopción de medidas nacionales pertinentes, aunque supone la necesidad de realizar mayores esfuerzos para adaptar las condiciones de trabajo y de formación profesional de los trabajadores que se encuentran en la segunda parte de su vida profesional, teniendo asimismo en cuenta la competitividad de las empresas». Según prosi-

²⁶ Vid. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 33, 2001, pp. 215-250.

²⁷ Vid. FERNÁNDEZ PROL, F., «Europa 2020: apuntes desde una óptica de género», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 115-133.

²⁸ FERNÁNDEZ PRIETO, M. «Políticas de fomento del empleo, estrategia de prolongación de la vida activa y discriminación...», *op. cit.*, p. 816.

²⁹ DOCE C 228, de 2 de septiembre de 1995.

que la Resolución, «Los trabajadores de edad avanzada deben poder contar con recursos suficientes y con medidas destinadas a prevenir su exclusión del mercado laboral», de modo que, «sería conveniente tener debidamente en cuenta en los sistemas de retribución, la experiencia de los trabajadores y con carácter general, revalorizar la experiencia general».

La reforma operada por el Tratado de Ámsterdam, en 1997, confiere al empleo dimensión europea al incorporar al Derecho originario un Título VIII, denominado «Empleo», en el TCE³⁰. Así, en el ámbito de las políticas de empleo, al margen de las clásicas competencias compartidas, exclusivas y de apoyo, se dota a las instituciones comunitarias de competencias de coordinación. Se trata de competencias *sui generis*³¹, aparentemente menos intrusivas, que no comportan la atribución de competencias soberanas a favor de la UE. Los Estados miembros, únicamente, se comprometen a participar en los procesos de coordinación que la UE ponga en funcionamiento³².

El Tratado de Ámsterdam añade a los objetivos de la Unión el fomento de un alto nivel de empleo —ex artículo B TUE—. Asimismo, se incluye una nueva letra i) en el artículo 3.1 TCE, para incluir en la acción de la entonces Comunidad Europea la responsabilidad de apoyar y completar la acción de los Estados miembros, fomentando la cooperación entre ellos y la coordinación de sus políticas de empleo, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada de empleo. En la versión consolidada de los tratados vigentes se considera objetivo último el pleno empleo³³, o al menos un alto nivel de empleo³⁴, así como potenciar «una mano de obra cualificada, formada y adaptable» y «mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico»³⁵, para lograr los objetivos del artículo 3 TUE.

Sin duda, es el momento de la «europeización del empleo»³⁶, ya que, si bien las competencias en materia de empleo permanecen en el ámbito interno, los Estados miembros han de asumir el fomento del empleo como un «asunto de interés común», con el deber de coordinar sus actuaciones en lo que se re-

³⁰ Artículos 125 a 130 TCE. Actualmente, artículos 145-150, Título IX, TFUE.

³¹ Expresión acuñada por MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 92, 2011, p. 328.

³² MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «La coordinación de las políticas sociales y de empleo en el vórtice de la gobernanza económica europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015, p. 952.

³³ Actualmente, el artículo 3.3 TUE, versión consolidada, se refiere a «(...) una economía social de mercado altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social».

³⁴ Artículo 147 TFUE.

³⁵ Artículo 145 TFUE.

³⁶ Expresión utilizada por CABEZA PEREIRO, J., «Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo», en VV. AA. *Estrategia europea, Estado Autonómico y política de empleo. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2007, p. 10.

fiere a las políticas económicas y de empleo, atendiendo a las orientaciones –directrices– y recomendaciones de las instituciones europeas³⁷. En este sentido, en el artículo 128 TCE se desarrolló la estrategia de coordinación, un complejo procedimiento de elaboración de Orientaciones, de aplicación interna, para los Estados miembros, y de posterior verificación. El proceso finaliza con un examen anual sobre la situación de empleo en la Comunidad y la adopción de conclusiones al respecto por el Consejo Europeo con base en un informe anual elaborado, previamente, por el Consejo y la Comisión. A la vista de las conclusiones, se elaborarán las orientaciones que los Estados Miembros han de tener en cuenta en sus respectivas políticas de empleo. Es la primera referencia al llamado Método Abierto de Coordinación, aunque sin utilizar esa denominación. Se definen sus componentes esenciales y se formaliza jurídicamente su utilización en materia de empleo y en el ámbito de la lucha contra la exclusión social³⁸.

Se esbozaba, por tanto, la primera política de empleo de la UE, la Estrategia Europea de Empleo que, finalmente, se plasmó en la Cumbre de Luxemburgo. En el denominado Proceso de Luxemburgo, se pusieron las bases para el establecimiento, aplicación y supervisión anual de los llamados planes nacionales de acción para el empleo. Esos planes, obligatorios para cada uno de los Estados miembros a partir de 1998, se fundamentaban en cuatro líneas básicas de actuación: empleabilidad, empresarialidad, adaptabilidad e igualdad de oportunidades³⁹. Los planes nacionales de empleo no pretendían imponer la armonización absoluta de las políticas sociales comunitarias, sino tan solo coordinarlas sobre la base de reconocer unos principios de subsidiariedad para actuaciones conjuntas⁴⁰. Entre sus objetivos estaban, por lo que a este estudio interesa, por un lado, mejorar las oportunidades de empleo de los desempleados y su capacidad de adaptación a través de la Formación Profesional, dentro y fuera de la empresa, actuación que incidía directamente en los trabajadores maduros. Y, por otro lado, ayudar a los grupos más desfavorecidos para acelerar su colocación, dando prioridad, en las políticas de empleo, a los parados de larga duración. Es, pues, una iniciativa precursora de las actuales polí-

³⁷ MIRANDA BOTO, J. M., «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro», *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pp. 75 ss.

³⁸ ROBLES CARRILLO, M., «El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa», *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pp. 297 ss.

³⁹ Vid. FERNÁNDEZ PROL, F., «Europa 2020: apuntes desde una óptica de género...», *op. cit.*, pp. 115-134.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «De Maastricht a Ámsterdam: derechos sociales y empleo», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, pp. 19-27.

tivas activas de empleo, para fomentar la empleabilidad de los colectivos con mayores dificultades para ello.

Con el cambio de siglo, el Consejo Europeo celebrado en Lisboa impulsa, definitivamente, las políticas de gestión del empleo a través de una nueva «Estrategia Europea para el Empleo» –la Estrategia de Lisboa–, en la que se redefinen los objetivos de empleo a alcanzar por la Unión en los diez años siguientes, 2000-2010. Es esta cumbre de Lisboa, se sitúa el nacimiento del Método Abierto de Coordinación –MAC–, sin duda, esencial para la construcción de la Europa social. El MAC no deriva de medidas legislativas de carácter vinculante, sino que se canalizó a través de instrumentos jurídicos de *soft law*. Su fuerza vinculante es de carácter político, en detrimento, pues, de los instrumentos del Derecho clásico, «*soft law versus hard law*»⁴¹.

Mediante el MAC, los Estados miembros, reticentes a ceder más competencias a la UE, simplemente, permiten la intervención de las instituciones en una materia soberana, con el objeto de lograr una política de empleo común. El procedimiento del MAC es el siguiente⁴²: Con base en las conclusiones elaboradas por el Consejo Europeo sobre el empleo, se dictan unas directrices dirigidas a los Estados miembros, y se establece un calendario de resultados a alcanzar a corto, medio y largo plazo. Conforme a estas directrices, los Estados deberán adoptar las medidas de empleo pertinentes, con obligación de informar al Consejo acerca de los procedimientos para su implantación y remitir un informe anual con los progresos obtenidos. Estos informes son los conocidos como Programas Nacionales de Reforma que, tras ser examinados por el Consejo, darán lugar, si procede, a las Recomendaciones, individualizadas y no vinculantes, a cada Estado miembro. El MAC hace posible que los Estados miembros puedan comparar los resultados obtenidos por cada uno de ellos, así como medir su nivel de efectividad y las políticas más eficaces. Finalmente, la UE, en su función de coordinación e impulso a las políticas de empleo, elaborará un informe final sobre la situación del empleo en el conjunto de la Unión.

El Consejo Europeo de Gotemburgo, celebrado en junio de 2001, subrayó la necesidad de adoptar un enfoque global para afrontar el reto del envejecimiento de la sociedad. Y, en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002, se destacó la necesidad de aumentar la participación en el mercado de trabajo de todos, facilitando la permanencia voluntaria de los trabajadores mayores como respuesta al envejecimiento.

⁴¹ Vid. FERNÁNDEZ PROL, F., «Europa 2020: apuntes desde una óptica de género...», *op. cit.*, pp. 115-134.

⁴² ROBLES CARRILLO, M., «El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa...», *op. cit.*, pp. 297 ss.

Con ocasión del Cumbre de Bruselas del año 2005, cinco años después del establecimiento de la Estrategia de Lisboa, el fracaso de los objetivos fijados resulta ya palmario con un índice elevado de desocupación y un alto endeudamiento de algunos Estados. Por ello, el Consejo, consciente de que la estrategia económica y el nivel de empleo están interconectados, opta por coordinar de manera conjunta las políticas económicas y de empleo en un ciclo o marco plurianual. Así, el Consejo debe adoptar un conjunto de directrices integradas que comprenden orientaciones generales de las políticas económicas, además de las directrices para el empleo. Los Estados miembros, por su parte, han de aprobar sus programas nacionales de reforma, en función de sus necesidades y su situación específica. Ese tratamiento conjunto, denominado Estrategia Europea para el Crecimiento y el Empleo, pretende conseguir un reforzamiento mutuo de los efectos de ambas políticas.

La Estrategia de Lisboa no alcanzó los objetivos cuantitativos esperados, tal vez porque no se propusieron nuevas medidas –tan solo algunos cambios semánticos–, y, a la vez, la materialización del MAC se reveló claramente insatisfactoria. Las orientaciones y recomendaciones, en su condición de *soft law* y, por tanto, no vinculantes, resultaron además excesivamente genéricas. En este sentido, en virtud de sus competencias en materia de empleo, los Estados miembros son libres de atender o no esas orientaciones, por lo que no se puede garantizar que los Estados cumplan sus deberes. Ello debilita el enfoque común de políticas económicas y de empleo. Por otro lado, el panorama económico del año 2000 no era el mismo que el del final del periodo, por mor de la crisis económica, que acrecentó el desempleo. A todo ello, hay que añadir que la Estrategia se concibió para una Europa de quince Estados miembros⁴³. Sin embargo, tras las ampliaciones⁴⁴, en 2010, la UE estaba formada por veintisiete Estados muy diversos, en algunos casos con estructuras de empleo precarias. Todo ello se constató, posteriormente, en el Dictamen de evaluación de la Estrategia de Lisboa, elaborado por el Comité Económico y Social Europeo, que insistió en la consecución de los objetivos cuantitativos propuestos. No

⁴³ Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Bélgica, Países Bajos, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, España, Portugal, Austria, Finlandia y Suecia. Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957; Tratado de adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido (1972), DO L 73 de 27 de marzo 1972; Tratado de adhesión de Grecia (1979), DO L 291 de 19 de noviembre de 1979; Tratado de adhesión de España y de Portugal (1985), DO L 302 de 15 de noviembre de 1985; Tratado de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia (1994), DO C 241 de 29 de agosto de 1994.

⁴⁴ Tratado de adhesión de la República Checa, de Estonia, de Chipre, de Letonia, de Lituania, de Hungría, de Malta, de Polonia, de Eslovenia y de Eslovaquia (2003), DO L 157 de 21 de junio de 2005; Tratado de adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía (2005), DO L 236 de 23 de septiembre de 2003.

obstante, finalmente, propuso una «reorientación estratégica» en la que se abordarían nuevos retos más ambiciosos⁴⁵.

Previamente, la aprobación del nuevo Tratado de Lisboa de 2007 conforma un punto de inflexión, pues, por una parte, se consolida la dimensión social de la integración europea y, por otra, se basa el desarrollo sostenible de Europa, entre otros factores, en una «economía social de mercado altamente competitiva», entre cuyos objetivos⁴⁶ se encuentra el pleno empleo y el progreso social⁴⁷. Para ello, «en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado»⁴⁸, un mandato de eficacia transversal y horizontal. Debe ponerse en valor el adjetivo «social» con el que el legislador europeo califica el sustantivo «economía», pese a ser términos que a menudo entran en contradicción, pues visibiliza, por una parte, la íntima relación que se establece entre políticas económicas y sociales, y, por otro, la equiparación normativa de los objetivos económicos y sociales⁴⁹. Es el inicio de la construcción de la «Europa Social»⁵⁰.

El Título VIII del TCE fue reconvertido por el Tratado de Lisboa en el Título IX del TFUE y, en los artículos 145-150, bajo la expresión «estrategia coordinadora para el empleo», se reproduce, con algunas adaptaciones, el contenido de los artículos 125-130 TCE. Los nuevos preceptos mantienen el esquema inicial, aunque en la práctica, se han ido sucediendo cambios sustanciales, tanto formales como materiales, que son indicadores del dinamismo del procedimiento. Esos cambios han supuesto un giro en la concepción no sólo de la tarea de coordinación, sino también de las propias políticas de empleo⁵¹.

Como ya se ha dicho, las políticas de empleo se han instrumentalizado a través del MAC, método concebido como un ciclo anual de coordinación y seguimiento de las políticas nacionales de empleo y basado en el compromiso de los Estados de asumir un conjunto de objetivos y metas comunes. Son, no obstante, los Estados los únicos competentes para el establecimiento de políti-

⁴⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La Estrategia de Lisboa después de 2010», DOUE C 128-3, 18 de mayo de 2010.

⁴⁶ Objetivos en los que se insiste en los artículos 147 y 151 TFUE.

⁴⁷ Artículo 3.3 TUE.

⁴⁸ Artículo 9 TFUE.

⁴⁹ Vid. FERNÁNDEZ PROL, F., «Europa 2020: apuntes desde una óptica de género...», *op. cit.*, pp. 115-134.

⁵⁰ BARRIOS BAUDOR, G. L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., «La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011, pp. 355 ss.

⁵¹ Vid. FERNÁNDEZ PROL, F., «Europa 2020: apuntes desde una óptica de género...», *op. cit.*, pp. 115-134.

cas de empleo, aunque su ejercicio se enmarca en las competencias de coordinación que tiene atribuidas la UE.

En orden al envejecimiento activo de la población europea, las instituciones europeas han emitido, a lo largo del tiempo, un amplio número de orientaciones en distintos marcos de actuación, como en el de las Estrategias Europeas de Empleo⁵², o el ya referido Libro blanco para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. Las orientaciones, que adoptaron la forma de directrices, decisiones, recomendaciones e informes, han estado dirigidas a prolongar la vida activa y el trabajo flexible, y a promover las condiciones laborales que favorezcan el mantenimiento del empleo. Asimismo, han incidido tanto en la supresión de los incentivos que faciliten el abandono anticipado del mercado de trabajo, principalmente mediante la reforma de los regímenes de jubilación anticipada, como en la puesta en marcha de medidas que fomenten el mantenimiento en la vida laboral activa incluso después del cumplimiento de la edad legal de jubilación. Todo ello ha contribuido a formar el concepto del envejecimiento activo como el medio para retrasar la salida efectiva del mercado laboral a edades más tardías⁵³.

En este marco de actuaciones, en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 17 de junio de 2010, se adoptó la «Estrategia Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»⁵⁴. De las tres prioridades que propone, crecimiento inteligente, crecimiento sostenible y crecimiento integrador, el último persigue el «fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial», siendo la promoción de un nivel de empleo adecuado una de las exigencias que la UE debe tener en cuenta en sus políticas y acciones⁵⁵. La Estrategia tiene entre sus objetivos garantizar el acceso al empleo para todos, independientemente de su edad, en la llamada Europa de las personas⁵⁶, concretando en el 75% el porcentaje de la población de entre 20 y 64 años que debería estar empleada en 2020.

⁵² MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Prolongación de la vida laboral y envejecimiento activo de la Estrategia Europea de empleo», en AA. VV., *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de 2009, Vol. I, pp. 260 ss.

⁵³ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 93.

⁵⁴ Comunicación de la Comisión Europea, Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM (2010) 2020, de 3 de marzo de 2010.

⁵⁵ Artículo 9 TFUE: «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana.»

⁵⁶ MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «La coordinación de las políticas de empleo...», *op. cit.*, p. 329.

Las primeras medidas de la Estrategia Europa 2020 fueron aprobadas por la Decisión 2010/707/UE, de 21 de octubre de 2011, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros⁵⁷, que se mantuvieron hasta el año 2015, y fueron revisadas por la Decisión 2015/1848/UE, de 5 de octubre de 2015⁵⁸. Posteriormente, las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, se fueron prorrogando y actualizando: la Decisión 2016/1838/UE del Consejo, de 13 de octubre de 2016⁵⁹; la Decisión 2018/1215/UE del Consejo, de 16 de julio de 2018⁶⁰; la Decisión 2019/1181/UE del Consejo, de 8 de julio de 2019⁶¹; la Decisión 2020/1515/UE del Consejo, de 13 de octubre de 2020⁶²; la Decisión 2021/0137/UE del Consejo, de 2 de junio de 2021; y, la última, la Decisión 2021/1868/UE del Consejo, de 15 de octubre de 2021.

Las orientaciones, además de abordar la exclusión social y la discriminación en todas sus formas, apelaban a la realización de políticas de empleo para grupos desfavorecidos y desempleados de larga duración, como el colectivo de trabajadores maduros, con el objeto de garantizar el acceso y las oportunidades para todos. Así, en la Estrategia Europea de Empleo 2020, se asumieron objetivos dirigidos a promover el empleo de este colectivo de trabajadores. Además de la ya aludida mejora de las tasa de empleo, para que el 75% de las mujeres y hombres, entre los 20 y los 64 años, consiguieran empleo, se hace hincapié, de modo más concreto, en la necesidad de incrementar la tasa de empleo de los trabajadores entre 55 y 64 años, al ser esta sensiblemente inferior a la de países como Japón o Estados Unidos, con un 62% de tasa de empleo, frente al 46% de la UE⁶³. Estas cifras demostraban que la baja tasa de empleo aumentaba, significativamente, a partir de los 55 años, por lo que era prioritario orientar hacia este colectivo las políticas de empleo, evitando las jubilaciones a edades tempranas y sensibilizando a los trabajadores de más edad con estrategias de empleo que promovieran el envejecimiento activo y el reciclaje profesional⁶⁴.

⁵⁷ DO L 308, de 24 de noviembre de 2010.

⁵⁸ DO L 268, de 15 de octubre de 2015.

⁵⁹ DO L 280, de 18 de octubre de 2016.

⁶⁰ DO L 224, de 5 de septiembre de 2018.

⁶¹ DO L 185, de 11 de julio de 2019.

⁶² DO L 344, de 19 de octubre de 2020.

⁶³ GRANADO ROMERA, M. I., «Trabajadores de edad avanzad y protección...», *op. cit.*, p. 64.

⁶⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo», Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, p. 203.

En este sentido, en la Comunicación «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo»⁶⁵, la Comisión ya animaba a los Estados miembros a elaborar estrategias que desincentivarán la jubilación anticipada, así como a establecer medidas que facilitaran el acceso a la formación y el aprendizaje permanente. A tal efecto, tanto la permanencia en el empleo como los niveles de empleo de los trabajadores de edad avanzada, se estiman estrechamente relacionados con su nivel educativo inicial y con el nivel de formación que reciben, así como con políticas eficaces que atiendan a otros aspectos, como pueden ser condiciones de trabajo flexible. El envejecimiento activo, pues, debe convertirse en una dimensión esencial de las relaciones laborales. Resulta indispensable para ello, en primer lugar, proveer a los trabajadores de las cualificaciones necesarias para afrontar los futuros cambios. En segundo término, es preciso promover las prácticas empresariales adaptadas a la gestión de la mayor edad. Y, finalmente, es necesario el compromiso de los interlocutores sociales para que la transición hacia una vida laboral más larga sea factible.

La Declaración del Consejo de la UE sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012): estrategia futura incorporó las «Orientaciones que han de guiar el envejecimiento activo y la solidaridad entre generaciones» elaboradas por el Comité de Protección Social y el Comité de Empleo⁶⁶, que tratan de afrontar los retos futuros relacionados con el empleo y los sistemas de protección social derivados de la evolución demográfica y el incremento de la proporción de personas mayores en Europa. Parte de la previsión de que en 2050 se duplique el número de personas mayores de 65 años respecto a la población en edad laboral y alcance el 50%. Y considera preciso fomentar el envejecimiento activo, entre otros, en el ámbito del empleo. En concreto, en relación con el empleo, se señalan ocho ámbitos de actuación⁶⁷: 1) Educación y formación profesional permanente para hombres y mujeres de todas las edades para reintroducirlos y hacerlos participar plenamente en el mercado laboral. 2) Condiciones de trabajo sanas en entornos laborales que mantengan la salud y el bienestar de los trabajadores para garantizar su capacidad de inserción profesional a lo largo de toda la vida. 3) Gestión estratégica de la edad para adaptar las condiciones de trabajo y las carreras profesionales a la edad del trabajador y evitar la jubilación anticipada. 4) Ser-

⁶⁵ COM (2004) 146 final, de 3 de marzo de 2004.

⁶⁶ Consejo de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2012. Accesible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17468-2012-INIT/es/pdf>

⁶⁷ Consejo de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2012, p. 8. Accesible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-17468-2012-INIT/es/pdf>

vicios de empleo que proporcionen asesoramiento, colocación y apoyo a la reintegración de trabajadores maduros que deseen permanecer en el mercado laboral. 5) Evitar la discriminación por razón de edad, garantizando la igualdad de los derechos de los trabajadores maduros, sin utilizar la edad como criterio decisivo para evaluar si la aptitud del trabajador para un puesto de trabajo; abandonando los estereotipos negativos y las actitudes discriminatorias relacionadas con la edad, y destacando la contribución de los trabajadores mayores en el puesto de trabajo. 6) Fiscalidad favorable al empleo para que a estos trabajadores les compense más trabajar que jubilarse a la vez que se les garantiza un adecuado nivel de beneficios. 7) Transferencia de experiencias, rentabilizando el conocimiento y las capacidades de los trabajadores mayores. 8) Conciliar trabajo y atención, como cuidadores no profesionales, mediante condiciones de trabajo y permisos adecuados para permanecer en su puesto o volver al mercado de trabajo.

Asimismo, hay que traer a colación la Recomendación sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral⁶⁸, que identifica el desempleo de larga duración como un obstáculo que impide el crecimiento de la UE. El Consejo de la UE, en esta Recomendación, solicita de los Estados miembros un esfuerzo para la integración en el mercado de trabajo de las personas más afectadas, entre los que se encuentran un gran número de trabajadores de edad avanzada, especialmente vulnerables. Señala algunos objetivos a perseguir, como apoyar la inscripción de los solicitantes de empleo y ofrecer una mayor orientación individual en relación con el mercado laboral y medidas de integración laboral para mejorar la transición al empleo. En concreto, se sugiere que los desempleados inscritos reciban, antes de llegar a los 18 meses de desempleo, una evaluación individual de su potencial y de sus necesidades. Con base en esta evaluación, debe elaborarse un plan concreto personalizado destinado a la obtención de un empleo, y para alcanzar, así, la tan ansiada integración en el mercado de trabajo.

Diez años después del Tratado de Lisboa, más allá de la Estrategia Europa 2020, en la Cumbre de Gotemburgo de 2017, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión adquieren un nuevo compromiso para apoyar un proceso renovado de convergencia hacia mejores condiciones de vida y de trabajo, que dote a los ciudadanos de la Unión de unos derechos sociales nuevos y más efectivos. Es el establecimiento del Pilar europeo de derechos sociales⁶⁹,

⁶⁸ DOUE C 67/01, de 15 de febrero de 2016.

⁶⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de la Regiones. Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales, COM 2017/520 final, 26 de abril de 2017.

que proclama veinte principios y derechos esenciales, organizados en tres niveles: a) igualdad de oportunidades y de acceso al mercado laboral, b) condiciones de trabajo justas y c) protección social e integración social. El Pilar hace hincapié en ciertos derechos de las personas trabajadoras, con el objetivo de mejorar su situación de precariedad en el mercado laboral. En particular, hay que destacar, del capítulo I, que lleva por título, «Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo», tres principios: el principio 1, «Educación, formación y aprendizaje permanente», que desarrolla el derecho de toda persona a la formación para adquirir las capacidades que le permitan participar plenamente en la sociedad y facilitar sus transiciones laborales; el principio 3, «Igualdad de oportunidades», que declara el derecho de toda persona a la igualdad de trato en el empleo; y el principio 4, «Apoyo activo para el empleo», que reconoce expresamente el derecho de toda persona, incluidos los desempleados de larga duración, a recibir asistencia personalizada para mejorar sus perspectivas de empleo, lo que incluye el derecho a recibir ayuda para la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje. Así, en una sociedad demográficamente cada vez más envejecida, en la que las desigualdades son cada vez más amplias, este compromiso común refleja la voluntad política y formal de consolidar los derechos sociales. Asimismo, dentro del Capítulo II, denominado «Condiciones de trabajo justas», hay que señalar el principio 10, «Entorno de trabajo saludable, seguro, adaptable y protección de datos», que aboga, especialmente, por estos derechos en las plataformas digitales.

El Plan de acción del Pilar europeo de derechos sociales propone tres objetivos principales para alcanzar en 2030⁷⁰. El primero, que al menos el 78% de la población entre 20 y 64 años tenga empleo; un segundo objetivo es que al menos el 60% de los adultos participe en programas de formación; el tercero es reducir, en al menos 15 millones, el número de personas en riesgo de pobreza.

Finalmente, hay que referirse al Libro Verde sobre el Envejecimiento⁷¹, en el que se promociona el favorecer una vida laboral más prolongada y plena, a la vez que insta a que se acometan las reformas para modernizar los sistemas de pensiones, ajustando las edades de jubilación, los requisitos profesionales y las prestaciones. El Libro Verde insiste en que se limiten las jubilaciones anticipadas a casos objetivamente justificados, se establezca de forma general el derecho a trabajar más allá de la edad de jubilación, así como unos regímenes

⁷⁰ Accesible en https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2021/04/Plan_de_accion_Pilar_EU.pdf

⁷¹ El Libro Verde sobre el Envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones, COM (2021) 50 final, Bruselas, 27 de enero de 2021.

flexibles de jubilación, que pueden ayudar a que los sistemas de pensiones sean adecuados y sostenibles. Asimismo, se refiere a la necesidad de políticas públicas que hagan posible un envejecimiento activo y saludable, por sus efectos positivos en el mercado laboral, las tasas de empleo y los sistemas de protección social. Y también se aboga por el emprendimiento como medio para prolongar la vida laboral y reducir el desempleo de los trabajadores maduros. Así, «Concienciar acerca del emprendimiento como una opción en la última etapa de la trayectoria profesional puede ayudar a contrarrestar el envejecimiento como un posible obstáculo para dicha actividad. Las políticas públicas pueden apoyar a los emprendedores de más edad eliminando los desincentivos en los regímenes fiscales y de la seguridad social, ofreciendo asesoramiento bien orientado y garantizando el acceso a la financiación»⁷².

3. LAS POLÍTICAS NACIONALES PARA EL TRATAMIENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA. LA LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO

Uno de los principales objetivos de las políticas de la UE es alcanzar un alto nivel de empleo, una cuestión que afecta al conjunto de la sociedad⁷³. La UE, lo que incluye a España, tiene que hacer frente a un importante reto social, como es la alta tasa de desempleo entre los trabajadores mayores de 55 años, con dos consecuencias muy relevantes. Por un lado, la especial vulnerabilidad de los desempleados que forman parte de este colectivo, por sus dificultades para retornar y permanecer en el mercado de trabajo, los posiciona en situación de riesgo de exclusión social. Y por otro, el impacto negativo que conlleva su inactividad en la sostenibilidad y suficiencia del sistema de pensiones.

En España, diversos estudios del SEPE ponen de manifiesto las dificultades del trabajador mayor de 45 años para encontrar un nuevo empleo. Las ideas estereotipadas sobre el trabajador senior inciden en su reincorporación al mercado laboral. En efecto, se aprecia una existencia generalizada de estereotipos negativos de cualidades o conductas como la merma de facultades, tanto físicas como intelectuales, la desmotivación, la menor adaptación a las innova-

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Vid.* MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, «Política de empleo y sistema de relaciones laborales: la autonomía colectiva como fuente del Derecho del Empleo», *Revista de Trabajo*, núm. 10, 2001, p. 49.

ciones tecnológicas, la obsolescencia de los conocimientos, etc.⁷⁴. Es por ello que la tasa de paro prolongado de estos trabajadores cobra especial relevancia.

El Informe del mercado de trabajo de los mayores de 45 años⁷⁵, elaborado por el SEPE, indica que el año 2021, en términos de empleo, fue positivo, recuperándose el empleo perdido debido a la crisis sanitaria del 2020. El paro a finales de diciembre de 2021 mostraba que el 54,53% de los parados de nuestro país son mayores de 45 años –porcentaje que representa a un total de 1.693.517 desempleados–. Es especialmente relevante el paro de larga duración en esta cohorte de edad, con un porcentaje del 62,45% sobre el total del colectivo –lo que deja una cifra de 1.057.613 de parados con estas características–, con todo, un 6,40% menos que el año anterior. Asimismo, el Informe señala que, en 2021 se acentuó el desequilibrio en la distribución del número del colectivo por sexos. Así, se incrementó el porcentaje de mujeres desempleadas mayores de 45 años, lo que supone el 58,66% –57,52% en 2020–, mientras que descendió el de los hombres, con un porcentaje del 41,66% –42,48% en 2020–.

El último Informe del mercado de trabajo de los mayores de 45 años, que recoge los datos de 2022, las tasas de empleo y paro muestran cifras de recuperación del empleo de los mayores de 45 años, aunque, de nuevo, el ritmo se ralentiza a finales del año⁷⁶. Estos datos justifican las medidas de concreción de políticas públicas de empleo que fomenten la integración socio laboral de este colectivo de trabajadores y trabajadoras, lo que contribuirá a rebajar los costes del sistema de protección social. La instrumentación de este tipo de políticas se realiza a través de la intermediación laboral, de políticas activas de empleo, y la coordinación entre estas y la protección económica frente al desempleo⁷⁷.

En España, la base jurídica para el establecimiento de las políticas de empleo, se encuentra en los artículos 35.1 y 40 de la Carta Magna. El primero, establece el derecho y el deber de trabajo de todos los españoles. El segundo, encomienda a los poderes públicos promover las condiciones favorables para el progreso social, en especial una política orientada al pleno empleo. Y ello, respetando la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 CE.

Así, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, *ex* artículo 2, establece que «Integran la política de empleo las políticas activas de empleo y las políti-

⁷⁴ OLARTE ENCABO, S., «Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos...», *op. cit.*, p. 94.

⁷⁵ 2022-Informe del mercado de trabajo de los mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2021.

⁷⁶ 2023-Informe del mercado de trabajo de los mayores de 45 años. Estatal. Datos de 2022.

⁷⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años...», *op. cit.*, p. 186.

cas de protección frente al desempleo, cuyo diseño y ejecución deberán coordinarse mediante la colaboración de las Administraciones públicas con competencias en la materia y con la participación de los interlocutores sociales..., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35 y 40 de la Constitución y en el marco de la estrategia coordinada para el empleo de la Unión Europea.». Por su parte, el artículo 50 de la misma Ley, que atiende especialmente a los colectivos prioritarios, recoge dos mandatos. El primero de ellos, urge al Gobierno y a las Comunidades Autónomas para que adopten «programas específicos destinados a fomentar el empleo de las personas con especiales dificultades para el acceso y mantenimiento del empleo y para el desarrollo de su empleabilidad, con el objeto de promover una atención específica hacia las personas integrantes de los mismos en la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo». El segundo insta a los Servicios Públicos de Empleo al desarrollo y «diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo que combinen las diferentes medidas y políticas, debidamente ordenadas y ajustadas al perfil profesional de las personas que los integran y a sus necesidades específicas.»⁷⁸.

Los objetivos de las políticas de empleo son la creación de empleo y la reducción de las tasas de paro, el funcionamiento eficiente del mercado laboral, así como la protección de las situaciones de desempleo. A tal fin, las políticas de empleo se dividen en políticas activas y las políticas de protección frente al desempleo⁷⁹. Conformen las políticas activas de empleo las acciones o medidas que adoptan los poderes públicos para favorecer la creación de puestos de trabajo, la adaptación de la mano de obra y el mantenimiento de los empleos existentes, a la vez que se ocupan de ajustar la oferta y la demanda de empleo a través de los servicios públicos de empleo. Las políticas de protección frente al desempleo, las llamadas políticas pasivas, son aquellas cuyo fin es sostener la renta de las personas desempleadas, garantizando unos ingresos mínimos que, de alguna manera, compensen los efectos negativos o ineficiencia del mercado de trabajo. La diferencia entre ambas es clara, las políticas pasivas se dirigen a paliar los efectos del desempleo, mientras que las políticas activas se dirigen a minimizar las causas que desencadenan el desempleo⁸⁰.

⁷⁸ En relación con los colectivos desfavorecidos, FERNÁNDEZ PROL, F., FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B. y LOUSADA AROCHENA, J. F., «Políticas de empleo (IV): Políticas destinadas a colectivos especiales», en AA. VV. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J.), *Políticas Socio-laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 375 ss.

⁷⁹ Obsérvese que la nueva Ley de Empleo ha cambiado la denominación las conocidas, anteriormente, como las políticas pasivas de empleo.

⁸⁰ CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Políticas de empleo (I)», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J.), *Políticas Socio-laborales*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 247 ss.

Con todo, hasta la fecha, los resultados de los recursos invertidos no son los deseados. El origen del problema está en la dicotomía que se produce al encargar a los servicios de empleo públicos la atención, tanto, a los empleados—demandantes de fuerza de trabajo— y, asimismo, a los desempleados, pertenecientes, en muchos casos, a colectivos vulnerables, percibidos por los primeros, en más ocasiones de lo deseable, como menos adecuados⁸¹.

Son, pues, necesarias actuaciones concretas que atiendan a las características de los colectivos más vulnerables, y procuren la igualdad sustancial en relación con el derecho al trabajo, alcanzando su integración socio-laboral a través de diferentes técnicas jurídicas⁸². Esto es, se deben poner en marcha, por un lado, políticas de empleo que proporcionen los mecanismos necesarios para facilitar el acceso al trabajo de estos colectivos prioritarios y, por otro, medidas promocionales que fomenten la igualdad de oportunidades, así como medidas preventivas que tengan en cuenta las causas que provocan su discriminación laboral, con el fin de que no se repitan. La franja de edad entre los 60 y 65 años, es la más adecuada para poner en marcha políticas que incentiven el envejecimiento activo⁸³.

3.1 Políticas activas de empleo

Desde hace más de 40 años, el ordenamiento jurídico español alberga las herramientas o mecanismos conducentes a promocionar la inserción laboral de las personas maduras desocupadas, así como el mantenimiento de su empleo o su protección social frente a la pérdida del mismo. Así, ya el ET de 1980 introdujo, *ex* artículo 17, la prohibición de discriminación por razón de edad, como garantía de una efectiva igualdad de oportunidades y de no discriminación en el acceso al empleo, y la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo estableció, en el artículo 10, el mandato de fomento del empleo de los trabajadores mayores de 45 años.

Con todo, hasta mediados de los años noventa, las políticas de empleo dirigidas a los trabajadores de más de edad estuvieron encaminadas a facilitar,

⁸¹ CABEZA PEREIRO, J., «Disfunciones y retos del sistema nacional de empleo», en VV. AA. (Coord.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 42-43.

⁸² CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B., TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Políticas de empleo (I)...», *op. cit.*, pp. 247 ss.

⁸³ CABEZA PEREIRO, J., «Estado actual de la compatibilidad entre jubilación y trabajo en Europa», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 139.

bien las jubilaciones anticipadas, bien el tránsito a la jubilación. Se consideraba que, de esta forma, en un momento de alta tasa de paro entre la población joven, se facilitaba el relevo generacional, pese al elevado coste para las arcas públicas de la jubilación anticipada⁸⁴. Finalmente, el tiempo demostró que la anticipación de la jubilación fue contraproducente, no ya para el trabajador maduro, sino también como medida para resolver los graves problemas del desempleo juvenil y femenino de aquel momento⁸⁵.

Este enfoque ha cambiado radicalmente, por mor del envejecimiento de la población. Siguiendo las orientaciones de Europa, en el marco de las políticas de empleo, España ha apostado por la articulación de medidas que promueven el mantenimiento de los trabajadores de edad madura en el sistema productivo. Ello ha supuesto la modificación de normas de la legislación de Seguridad Social, como la jubilación anticipada o la jubilación forzosa, y la introducción de nuevas formas de jubilación, como la jubilación gradual o flexible, que potencian el mantenimiento de los trabajadores maduros en activo, retrasando la edad real de jubilación, en aras de la viabilidad del sistema de Seguridad Social. Asimismo, también se incluyeron en programas de fomento del empleo incentivos que promuevan y estimulen la contratación de los trabajadores de edad avanzada en paro⁸⁶. Por otra parte, también se empieza a pensar en la necesidad de establecer políticas de empleo dirigidas a la formación, la recualificación profesional y la adaptación de la capacitación de los trabajadores maduros para responder a las nuevas necesidades de los distintos sectores laborales⁸⁷.

Las medidas que el legislador ha puesto en marcha en relación al empleo de los trabajadores maduros, pueden agruparse, *grosso modo*, en tres grandes bloques. En primer lugar, medidas dirigidas al mantenimiento del empleo y la permanencia en el mercado de trabajo⁸⁸. En este grupo se incluyen las jubila-

⁸⁴ MARTÍN PUEBLA, E., «La jubilación anticipada como instrumento de Política de Empleo y su recepción por la negociación colectiva», *Derecho Laboral*, núm. 29, 1989, pp. 43 ss.

⁸⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones», *Temas Laborales*, núm. 103, 2010, pp. 99-127.

⁸⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la comunicación de la comisión de 3 de marzo de 2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004, pp. 189 ss.

⁸⁷ PÉREZ GUERRERO, M. L., «La estrategia 55 y más y los incentivos a la prolongación de la vida laboral», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTES, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016, pp. 203.

⁸⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 385-386.

ciones graduales y flexibles, acompañadas del contrato de relevo⁸⁹; la jubilación parcial sin necesidad de contrato de relevo; el incremento de la pensión por cada año de trabajo adicional a partir de la edad ordinaria de jubilación; la concesión a las empresas y trabajadores de una exención a la cotización, salvo por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, una vez hayan alcanzado la edad de acceso a la pensión de jubilación que en cada caso resulte de aplicación, *ex* artículo 205.1.a) y disposición transitoria séptima LGSS⁹⁰; los incentivos para la flexibilidad en el tiempo de trabajo, adaptación del puesto de trabajo a las condiciones físicas del trabajador, la formación de la población de mayor edad, etc. En general, son medidas blandas, nada innovadoras, centradas, en su mayoría, en la bonificación de las cotizaciones sociales⁹¹.

En segundo término, medidas para favorecer la reincorporación al mercado de trabajo⁹², como el fomento la contratación indefinida de parados de larga duración mediante bonificaciones⁹³, o las reducciones⁹⁴ o exoneración de las cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores que hayan alcanzado la edad de acceso a la jubilación antes señalada, también cuando reinicien una actividad, o la renta activa de inserción para mayores de 45 años⁹⁵.

Finalmente, el tercer bloque son medidas relacionadas con la protección social y con la edad de jubilación de los trabajadores maduros, como los subsidios para mayores de 52 años, el retraso de la edad de jubilación, la penalización de la jubilación anticipada o el endurecimiento de los requisitos de las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios colectivos o el retraso de la edad de acceso a la misma⁹⁶.

Todas ellas son medidas que han conformado las políticas de envejecimiento activo se integraron en distintos programas dirigidos a contener el empleo de los trabajadores maduros en determinadas coyunturas económicas o políticas.

⁸⁹ *Vid., in extenso*, PUMAR BELTRÁN, N., *Política activa de empleo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁹⁰ Artículo 152 LGSS, en redacción dada por la Ley 21/2021.

⁹¹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 387.

⁹² *Ibidem*, p. 440.

⁹³ Las empresas que celebren contratos con desempleados mayores de 52 años, beneficiarios del subsidio del artículo 274 LGSS, se podrán beneficiar de la bonificación que corresponda si se cumplen los requisitos establecidos por la Ley 43/2006 o el RD-Ley 8/2019.

⁹⁴ La diferencia entre bonificaciones y reducciones de la cuota de la Seguridad Social estriba en cómo se financian. Las bonificaciones se financian con las cuotas de desempleo, por tanto, corren a cargo del Presupuesto del SEPE. Las reducciones son a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, ósea, a cargo de los PGE.

⁹⁵ *Infra, vid.* en el actual Capítulo, el epígrafe 3.2.

⁹⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 385

Para el desarrollo de las políticas de empleo, la Ley de Empleo pone a disposición del Gobierno tres instrumentos con el fin de coordinar el Sistema Nacional de Empleo⁹⁷: la Estrategia Española de Activación para el Empleo –EEAE–⁹⁸, los Planes Anuales de Política de Empleo y el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, como el instrumento técnico que integrará la información relativa a la gestión de las políticas activas de empleo y de la protección por desempleo, que realicen los Servicios Públicos de empleo en todo el territorio del Estado.

La actual Estrategia Española de Apoyo y Activación para el Empleo –EEAAE– 2021-2024 pretende dar un importante impulso a las políticas activas de empleo, lo que ha requerido de la adecuación del marco legal y de la aprobación de disposiciones en materia de políticas activas de empleo. En efecto, la Ley, 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo pretende dar respuesta a las nuevas demandas del mercado de trabajo, luchar contra las debilidades estructurales del mismo, y modernizar las políticas activas de empleo para aumentar su eficacia, de acuerdo a las transformaciones del modelo económico. Para conseguir estos objetivos, el legislador ha realizado cambios importantes en la norma. El más destacado es la transformación del SEPE, como organismo autónomo, en Agencia Española de Empleo, con el fin de impulsar la intermediación laboral, agilizar la prestación de servicios y profundizar en la transformación digital. También se crea una Oficina del Análisis del Empleo para el estudio y asesoramiento en materias de políticas de empleo, y se integrará en el sistema, el tratamiento y análisis de datos a través de la inteligencia artificial y el *Big Data*.

Por otra parte, para facilitar el acceso al empleo, se propone que las empresas comuniquen las vacantes a los servicios de empleo, lo que permitirá hacer un seguimiento más preciso de las necesidades del mercado. Los demandantes de empleo dispondrán de un tutor profesional cualificado que preste atención individual en el itinerario de formación diseñado para su mejor empleabilidad y se amplía la lista de colectivos de atención prioritaria. Se introduce la perspectiva de género en las políticas de empleo. En este sentido, los

⁹⁷ El artículo 8 de la Ley de Empleo establece que el Sistema Nacional de Empleo «está integrado por todas las estructuras administrativas, recursos materiales y humanos, estrategias, planes, programas e información dirigidos a implementar políticas de empleo, ya sean de titularidad estatal o autonómica. Está conformado por la Agencia Española de Empleo y por los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas».

⁹⁸ La primera Estrategia Española de Activación para el Empleo fue introducida por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modificó la Ley Básica de Empleo de 1980 para adaptarla al nuevo modelo de políticas activas de empleo.

organismos públicos y privados de empleo actuarán para promover la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y evitar cualquier tipo de discriminación entre los usuarios de los servicios de empleo,

Tras la entrada en vigor de la Ley, las políticas de empleo serán sometidas a un sistema de evaluación integral. Para ello, se incorporan tres tasas: la de empleabilidad, la de intermediación y la de cobertura, que contribuirán a establecer los parámetros de incorporación de las personas al mercado laboral, el impacto y la promoción del nivel laboral y formativo, así como la protección frente al desempleo. Asimismo, la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales se encargará de formular los nuevos «Acuerdos y Recomendaciones Específicas para el Fomento del Empleo Digno».

Finalmente, se rediseña el gobierno del Sistema Estatal de Empleo a través de una metodología similar a la establecida por la Comisión Europea para evaluar sus procesos y el grado de seguimiento y control de los servicios públicos de empleo con un método abierto de coordinación. Sin lugar a dudas, es un proyecto ambicioso que necesitará para su desarrollo de un amplio presupuesto.

3.1.1 REFERENCIA A LA ESTRATEGIA 55 Y MÁS

Por lo que a este estudio interesa, en lo que a políticas de empleo se refiere, en primer lugar, hay que hacer referencia al único documento –*soft law*– específico⁹⁹ que se ha aprobado en España para tratar el empleo de los mayores de 55 años: La Estrategia global para el empleo y la protección de los trabajadores de más edad 2012-2014 –La Estrategia 55 y más–¹⁰⁰. La Estrategia nació, en plena crisis económica, fruto del Acuerdo Social y Económico para el Crecimiento, el Empleo y la Garantía de las Pensiones –ASE–, de 2 de febrero de 2011, que adquirió rango de Ley tras la aprobación del RD-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas. Así, ante una alarmante tasa de desempleo del 23%, lo que suponía más

⁹⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, M., «Trabajadores de edad avanzada y políticas de mercado de trabajo: retos estratégicos, contumaces realidades», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 409, 2017, pp. 17 ss.

¹⁰⁰ Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros, de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 –Estrategia 55 y más–, BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2011.

de cinco millones de parados, la Estrategia 55 y más fue especialmente diseñada para solventar de manera unitaria los problemas de empleo de los trabajadores de edad avanzada. La Estrategia alberga importantes medidas sociales y económicas, para alcanzar cuatro objetivos generales: elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de las personas de edad; favorecer su mantenimiento en el empleo para prolongar su vida laboral y, por consiguiente, su carrera de cotización a la Seguridad Social; mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores mayores de 55 años, con particular atención a la mejora de su seguridad y salud en el trabajo; y promover la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores de más edad que hubiesen perdido su empleo, asegurando una adecuada protección social durante la situación de desempleo ¹⁰¹.

Aunque, no se ha hecho una valoración institucional de los resultados de la Estrategia 55 y más, la realidad es que nunca se pusieron en marcha estas ambiciosas medidas. De hecho, no se ha producido la continuidad de la misma, ni del enfoque selectivo empleado. Así, las medidas dirigidas a favorecer el empleo de los trabajadores de más de 55 años, se han redirigido a documentos o instrumentos que establecen las técnicas de planificación estratégica socio-ocupacional común ¹⁰².

3.1.2 LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO

La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo establece como instrumentos de coordinación del Sistema Nacional de Empleo, la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo, el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno –PAFED–, y el Sistema Público Integrado de Información de los Servicios de Empleo.

La EEAE es uno de los instrumentos contenidos en el artículo 11 de la Ley de Empleo para coordinar el Sistema Nacional de Empleo. En ella se define el marco conceptual y organizativo de todas las acciones que emprendan las entidades del Sistema Nacional de Empleo en materia de políticas de activación y formación profesional para el empleo. Su elaboración se realiza en colaboración con las Comunidades Autónomas. La EEAE comprende un análisis de la situación y de las tendencias del mercado de trabajo, los principios de actuación, los objetivos comunes a alcanzar en materia de políticas de acti-

¹⁰¹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, op. cit., p. 380.

¹⁰² DE LA CASA QUESADA, S., «¿Para cuándo una real y efectiva política de empleo?: Reflexiones a la luz de la nueva Estrategia Española de Empleo 2014-2016», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 381, 2014, pp. 57 ss.

vacación de empleo –lo que incluye políticas activas de empleo e intermediación laboral–, los instrumentos utilizados, la planificación estratégica de las actuaciones que se desarrollen y la previsión de los recursos financieros con los que se va a contar para su realización ¹⁰³. Atendiendo a este papel vertebrador, los diferentes organismos deben determinar las actuaciones que se han de desarrollar para alcanzar los objetivos estructurales y estratégicos fijados en la propia Estrategia, en el marco de los principios y con los recursos que ésta también prevé ¹⁰⁴.

La Estrategia contempla dos tipos de objetivos, que se complementan entre sí. Por una parte, los objetivos estratégicos o prioritarios, de especial relevancia en ese momento y sobre los que hay que focalizar el esfuerzo durante un tiempo. Y, por otra parte, los objetivos estructurales, aquellos de naturaleza estable, sostenidos a lo largo del tiempo mediante los servicios ordinarios. Finalmente, la Estrategia se concreta en el Plan Anual de Política de Empleo que, tras un análisis ponderado, otorgará la consideración que proceda para cada uno de los objetivos.

Uno de los objetivos de la Estrategia Europa 2020 era alcanzar, para ese año, una tasa de empleo del 75% en el conjunto de la UE, y para España, en concreto, la tasa se situó en el 74% ¹⁰⁵. Para alcanzar ese objetivo y reducir el desempleo, España lanzó la EEAE 2017/2020, aprobada por el RD 1032/2017, de 15 de diciembre ¹⁰⁶. El reto demográfico y los cambios técnicos y organizativos, como la digitalización y la entrada en mercados globales, hicieron necesario incentivar la activación y permanencia en el mercado laboral, apostando por la inversión en el capital humano para que los trabajadores se mantuvieran capacitados a lo largo de toda su vida laboral y pudieran adaptarse a los cambios. Asimismo, como novedad, la Estrategia contemplaba una batería de proyectos y medidas, de desarrollo técnico posterior, que tenían como finalidad racionalizar el sistema de protección por desempleo y dotar al Sistema Nacional de Empleo de herramientas e infraestructuras que mejoraran su eficiencia y eficacia.

El carácter de la Estrategia es plurianual y en la actualidad está en vigor la EEAE 2021-2024, que fue aprobada por el RD 1069/2021, de 4 de diciembre ¹⁰⁷,

¹⁰³ Artículo 11, Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

¹⁰⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., «Estrategia Española para la Activación del Empleo», *Análisis*, 2018, pp. 1-4. Accesible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/03/estrategia-espanola-de-activacion-para-el-empleo.pdf>

¹⁰⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., «Estrategia Española para la Activación...», *op. cit.*, pp. 1-4.

¹⁰⁶ *Vid.* RD 1032/2017, de 15 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el empleo 2017/2020, BOE de 16 de diciembre de 2017, núm. 305.

¹⁰⁷ RD 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024, BOE de 7 de diciembre de 2021, núm. 292.

conformando el marco estatal de referencia para el diseño y gestión de las políticas públicas de empleo. Con base en la evaluación de la EEAE 2017-2020, que figura en el preámbulo, se emprende la elaboración de la nueva Estrategia. Entre los resultados de la evaluación, destacan, por lo que a este estudio interesa, la disminución del número de desempleados de larga duración mayores de 55 años y la aprobación del Plan para la prevención y reducción del desempleo de larga duración «Reincorpora-T» 2019-2021, con impacto indirecto sobre el empleo.

Con todo, los efectos que, sobre el empleo, ha provocado la crisis sanitaria derivada de la enfermedad del COVID 19, así como las transformaciones sociales y de los mercados de trabajo, requieren de un amplio impulso de las políticas activas de empleo, que son esenciales para continuar la línea de recuperación económica y laboral y para evitar el aumento de desigualdades sociales.

Los objetivos estratégicos que se han formulado en la EEAE 2021-2024 son cinco. Así, un enfoque centrado en las personas y en las empresas, la coherencia con la transformación productiva, la orientación hacia resultados, la mejora de las capacidades de los servicios públicos de empleo y la gobernanza y cohesión del Sistema Nacional de Empleo. En cada uno de estos objetivos estratégicos, se incluyen, a su vez, unos objetivos específicos, 15 en total, que facilitan y promueven las acciones necesarias para la modernización de las políticas activas de empleo. Esta estructura facilita el encuadre de las nuevas políticas de empleo.

Así, los objetivos de las políticas de activación y los servicios y programas desarrollados por los servicios públicos de empleo se integran en los objetivos estructurales, formados por siete ejes contenidos en el artículo 12.4 de la Ley de Empleo: 1. Orientación: Actuaciones de apoyo a la inserción de los beneficiarios, mediante el suministro de información, orientación profesional, motivación, asesoramiento, diagnóstico, así como mediante la determinación del perfil profesional y de competencias de empleo, y el diseño y gestión de la trayectoria individual de aprendizaje, búsqueda de empleo, intermediación, etc. 2. Formación: Programas públicos de empleo y de formación profesional para el empleo, en alternancia con la actividad laboral, para que el beneficiario pueda adquirir competencias que mejoren su cualificación y facilitar su inserción laboral. 3. Oportunidades de empleo: Incentivos para la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares, de las víctimas del terrorismo y de las mujeres víctimas de violencia de género. 4. Oportunidades de empleo para personas con discapacidad. Incluye

las actuaciones para incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, y las acciones de orientación y acompañamiento individualizado en los puestos de trabajo de las personas con discapacidad. 5. Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo: Actuaciones para promover la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso, permanencia y promoción en el empleo, así como la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. 6. Emprendimiento: Actuaciones para fomentar la iniciativa empresarial, el trabajo autónomo encaminadas a la generación de empleo. 7. Mejora del marco institucional: Este eje es de carácter transversal e incluye las acciones, medidas y actuaciones que van dirigidas a la mejora de la gestión, colaboración, coordinación y comunicación dentro del Sistema Nacional de Empleo y el impulso a su modernización.

La EEAAE 2021-2024 se centra en las personas y empresas, a diferencia de la EEAE 2017-2020, que estaba enfocada a la reducción del desempleo. El fin último de la nueva Estrategia es acompañar de manera personalizada a los demandantes de empleo en general, así como prestar un servicio individualizado a los empleadores. Es por ello, sorprendente que, de las 27 acciones que se proponen, contenidas en los 15 objetivos específicos, ninguna de ellas se haya enfocado en mejorar el empleo de los trabajadores de edad avanzada.

3.1.3 EL PLAN ANUAL PARA EL FOMENTO DEL EMPLEO DIGNO

La Estrategia de Empleo se concreta en el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno –PAFED¹⁰⁸– que se realiza, conjuntamente, entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los servicios públicos de empleo de cada una de las Comunidades Autónomas.

En el Plan se recogen, anualmente, las actuaciones concretas dirigidas a poner en práctica lo establecido previamente por la Estrategia en vigor. El PAFED contiene los servicios –acciones– y programas –medidas– de políticas activas de empleo que se proponen llevar a cabo las Comunidades Autónomas –financiadas con fondos europeos, con fondos estatales y con recursos económicos propios–, así como las acciones y medidas que se llevarán a cabo por el propio Servicio Público de Empleo Estatal.

Los efectos de la pandemia del COVID-19, no solo sanitarios, sino también laborales y económicos, alteraron el contenido de los Planes Anuales de

¹⁰⁸ La Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo ha cambiado la denominación del Plan Anual de Política de Empleo –antiguo, PAPE– por Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno –PAFED.

Empleo. En concreto, el año que estalló la pandemia, el contenido del Plan Anual de Empleo para el 2020 tuvo que reformularse¹⁰⁹. Se aprobó teniendo en cuenta que los Programas y Servicios, contemplados en los distintos Ejes de activación para el empleo, podrían ser objeto de modificación y flexibilización, especialmente, los programas de formación profesional para el empleo. Así, con el fin de aumentar la protección social de los trabajadores afectados, fue necesario modificar las partidas de gastos, asignando más recursos para la protección por desempleo. En un contexto de pandemia sanitaria, el empleo es un reto incierto a corto, medio y largo plazo, y la provisión de acciones formativas es la clave para su regeneración.

La EEAAE 2021-2024, se ha concretado en el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023¹¹⁰, que ha sido elaborado, por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, teniendo en cuenta las previsiones formuladas por las comunidades autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal. La situación económica provocada por la pandemia condiciona, todavía, la evolución de la política de empleo.

El PAPE 2023 concreta los objetivos y alberga los programas y servicios que emprenderán los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas y del conjunto del Estado, de acuerdo con los objetivos –estratégicos y estructurales– descritos en la Estrategia. También contiene los indicadores que valoraran el grado de consecución de dichos objetivos para, de este modo, vertebrar la gestión de las políticas de activación e incorporar un enfoque integrado de su planificación, ejecución y evaluación. Asimismo, para su elaboración, también se han tenido presentes las recomendaciones realizadas al SEPE por la Red de Servicios Públicos Europeos, como la promoción de la cooperación con los servicios de empleo de las comunidades autónomas, de manera sistemática y planificada, el establecimiento de un repositorio de buenas prácticas, y el intercambio de experiencias entre los distintos servicios de empleo, con más inversión en investigación para la planificación de las políticas activas de empleo.

¹⁰⁹ Resolución de 26 de octubre de 2020, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de ministros de 20 de octubre de 2020, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2020, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

¹¹⁰ Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo Digno para 2023, según lo en el artículo 13.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2023, de 28 de febrero, BOE de 6 de junio de 2023, núm. 134.

El PAFED 2023 se incardina en el conjunto de inversiones y reformas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, la actual agenda de política económica del Gobierno. En concreto, se integra en el componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», que incluye una serie de reformas e inversiones en el ámbito de las políticas activas de empleo. Entre sus características generales, hay que señalar, por lo que a este estudio interesa: la lucha contra la precariedad laboral; la integración del principio antidiscriminatorio en todas las acciones del Plan, no solo por razón de género, sino también por las causas de nueva generación, entre ellas, la edad; y la prioridad o tratamiento específico de los colectivos vulnerables o con especiales dificultades en el mundo laboral.

Hay que hacer referencia al PAPE 2020, en el que se puso en marcha un plan trienal de empleo en el marco de actuaciones de los «Objetivos de Desarrollo sostenible de la Agenda 2030»¹¹¹. El plan Reincorpora-T es un programa de empleo integral para reducir y prevenir el desempleo de larga duración, 2019-2021¹¹², actuando preventivamente sobre los diferentes colectivos de riesgo, entre los que se encuentran los desempleados de cuarenta y cinco años en adelante, para que no acaben siendo parados de larga duración. Así, el Plan establece los mecanismos que posibilitan la reincorporación al mercado laboral a aquellos parados que se encuentran con barreras de acceso a nuevos empleos, como pueden ser las nuevas tecnologías, las innovaciones en procesos productivo, etc. El Plan se estructura en dos dimensiones transversales: la primera alienta la incorporación al mercado de trabajo de los desempleados de larga duración a través de la promoción de actuaciones específicas; la segunda identifica los factores de riesgo y vulnerabilidad ante el empleo, a través de actuaciones de carácter preventivo por parte de los Servicios Públicos de Empleo, interlocutores sociales y otras entidades sociales. Para prevenir y reducir el paro de larga duración, el programa engloba sesenta y tres medidas diseñadas de forma integral y sistemática, de manera que se puedan combinar y ajustar a cada una de las necesidades de inserción de cada perfil personal. Las medidas se encuentran agrupadas en seis ejes de actuación: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional. Asimismo, por lo

¹¹¹ Un plan trienal que se puso en marcha en el marco de actuaciones de los «Objetivos de Desarrollo sostenible de la Agenda 2030».

¹¹² Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de abril de 2020, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-T, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración, 2019-2021. BOE 9 de abril de 2019, núm. 85.

que se refiere a la activación del empleo, engloba medidas de apoyo a empresas sensibles con la inserción de parados de larga duración y otros colectivos vulnerables. Finalmente, integra una política pasiva de empleo, ya que aumenta la protección económica frente al paro de larga duración, recuperando y mejorando el subsidio para mayores de 52 años.

El PAPE 2022 ¹¹³ señala la finalización de la vigencia del Plan Reincorpora-T, a principios de 2022, por lo que sus medidas ya no se incluyen en el PAPE 2022. Los objetivos finales del Plan Reincorpora-T eran reducir la tasa de paro de larga duración, reducir a la mitad la brecha de género entre hombres y mujeres parados de larga duración y recuperar la calidad del empleo ¹¹⁴. Sin embargo, los efectos de la pandemia, también se han desplegado sobre el colectivo de desempleados maduros y el riesgo de convertirse en parados de larga duración ha aumentado exponencialmente. Es imprescindible el desarrollo de medidas para que el desempleo no alcance carácter crónico, prestando especial atención a los trabajadores de más de 45 años sometidos a ERTE, sobre los que, finalmente, pueda recaer el temido desempleo.

Cada Estado miembro desarrolla su política de empleo con base en el contenido de la EEE, pero siempre en función de la situación económica de ese Estado. Aunque todos los Programas nacionales de reformas señalan el objetivo de creación de empleo y la correlativa reducción del paro, las medidas que se pueden adoptar son muy variadas y su consecución depende de diversos factores como la estructura y regulación del mercado, así como de las relaciones laborales de cada país, su sistema de formación profesional, etc. ¹¹⁵.

3.2 Protección frente al desempleo. Políticas pasivas de empleo

El artículo 151 TFUE dispone que la UE y los Estados miembros tendrán como objetivo de política social «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, con el fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones». No obstante, en materia de seguridad

¹¹³ Accesible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-7189

¹¹⁴ Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019-2021.

¹¹⁵ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «Funciones y disfunciones de la política nacional de empleo», en AA. VV. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.), *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 399.

social, los Estados miembros tienen competencia exclusiva, por lo que la UE tan solo puede complementar y apoyar lo dispuesto por aquellos ¹¹⁶, adoptando las disposiciones mínimas para alcanzar, progresivamente, los fines previstos en los tratados constitutivos ¹¹⁷ sin afectar a la facultad de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de Seguridad Social ni, de forma sensible, a su equilibrio financiero ¹¹⁸. A estos efectos, la Comisión debe facilitar la colaboración y coordinación de acciones de los Estados miembros en esta materia ¹¹⁹. Es por ello que, las políticas sociales de empleo se han construido a través de derecho indicativo o *soft law*.

Las políticas de protección frente al desempleo –políticas pasivas de empleo– forman parte de las políticas sociales de empleo y albergan diferentes modelos de prestaciones y subsidios. Su fundamento es otorgar protección a los trabajadores, cuando estos se encuentran en situaciones de necesidad producidas por la pérdida del empleo. Así, siguiendo a Álvarez Cortés, las políticas activas de empleo del siglo pasado, para lograr que los trabajadores jóvenes accedieran al mercado laboral, expulsaban a los trabajadores maduros del mismo, convirtiendo la protección por jubilación o la protección por desempleo «en la cara pasiva de la política de empleo cubriendo las situaciones de necesidad de los trabajadores maduros abocados a la salida definitiva del mercado de trabajo» ¹²⁰. Más allá de este tipo de políticas, en la actualidad, las políticas pasivas de empleo tienen, como fin último, lograr la reinserción del trabajador en el mercado laboral. En este sentido, la consecución del pleno empleo es una de las premisas necesarias para lograr un Estado de Bienestar. Y, aunque resulte paradójico, la prestación por desempleo es una de las prestaciones esenciales del Estado de Bienestar, erigiéndose en la principal política pasiva de empleo ¹²¹.

El Convenio 44 sobre desempleo de la OIT ¹²², de 1934, normalizó la protección de desempleo en el marco de los seguros sociales. No obstante, diversas teorías económicas abordan, desde ópticas dispares, la protección que otorga la prestación por desempleo. Para la teoría más clásica, la existencia de

¹¹⁶ Artículo 153.1.c) TFUE.

¹¹⁷ Artículo 153.2.b) TFUE.

¹¹⁸ Artículo 153.4 TFUE.

¹¹⁹ Artículo 156 TFUE.

¹²⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas pasivas y activas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 86.

¹²¹ *In extenso*, LÓPEZ GANDÍA, J., «Las políticas pasivas: protección por desempleo», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J.), *Políticas Socio-laborales*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 463 ss.

¹²² Convenio sobre el desempleo, núm. 44, CIT, Ginebra, 23 de junio de 1934.

la prestación constituye un elemento disuasorio en la búsqueda de empleo, provocando la desincentivación del trabajo. Frente a esta concepción, un argumento más Keynesiano, defiende la cobertura económica de la situación de necesidad que, además, contribuye a la empleabilidad y al retorno al mercado de trabajo. En esta segunda línea, existen dos tendencias o paradigmas alternativos. El primero, en consonancia con la teoría económica más liberal, persigue que el desempleado vuelva en todo caso al mercado de trabajo, en cualquier puesto de trabajo, aun cuando se halle muy alejado de su carrera profesional, lo cual puede desencadenar la desprofesionalización del trabajador. Este sistema de *workfare* o *workfirst* es propio de EEUU y, con ciertos matices, del Reino Unido ¹²³. La prestación de desempleo se condiciona, incluso, a que el desempleado realice ciertos trabajos para la comunidad y se integre en itinerarios de rápida inserción. El otro paradigma está basado en el bagaje propio del desempleado y pretende transformar al desempleado inactivo dependiente, en un desempleado activo cuya empleabilidad haya mejorado. Por tanto, en este sentido, las políticas pasivas de empleo también se conciben como políticas que contribuyen a activar el empleo y a potenciar la empleabilidad de los desempleados ¹²⁴.

Tal concepción integrada es perceptible tanto en el ámbito internacional –prevista en el Convenio 168 de la OIT sobre fomento del empleo y la protección por desempleo ¹²⁵– como a nivel interno –ya incluida en la Ley 51/1980, Básica de Empleo–. Actualmente, es el Capítulo IV de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo el que, bajo el título «Coordinación de políticas activas y protección frente al desempleo», se ocupa de la coordinación entre las políticas activas de empleo y aquellas políticas que otorgan protección económica a los trabajadores que pierden su empleo. Cuando aquellas fracasan en su objetivo principal, que es la consecución del pleno empleo, entra en juego, si cumplen los requisitos establecidos por la Ley, la protección por desempleo ¹²⁶. Y de acuerdo con el artículo 265.2 LGSS, esa protección comprenderá, además de la prestación económica y la cotización correspondiente, «acciones especí-

¹²³ El ordenamiento español también contempla, en el artículo 272.2 de la LGSS, la realización de trabajos de colaboración social, no remunerados, en las condiciones reglamentarias que se establezcan, para mantener el derecho a la precepción de la prestación por desempleo.

¹²⁴ CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B., TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Políticas de empleo (I)...», *op. cit.*, p. 268.

¹²⁵ Convenio sobre fomento del empleo y la protección por desempleo, núm. 168, CIT, Ginebra, 21 de junio de 1988.

¹²⁶ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Política de empleo y protección por desempleo», en VV. AA. (Coord.: MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.), *Política de empleo y protección social*, URV, Barcelona, 1999, p. 137.

ficas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable».

La vocación de la prestación de desempleo es, a primera vista, proporcionar rentas substitutivas del salario que el trabajador deja de percibir cuando pierde su empleo. La prestación del nivel contributivo ¹²⁷, como se verá, no está ligada a la edad del trabajador, sino que el derecho a percibirla, así como su importe, se hallan conectados, exclusivamente, al tiempo de cotización. Sin embargo, en el nivel no contributivo o asistencial, la edad es la clave para el acceso a determinados subsidios, especialmente, la mayor edad.

Pero, desde otra perspectiva, la prestación por desempleo, de alguna manera, puede facilitar la tramitación de despidos, en casos de crisis empresarial, y evitar el cierre; o, en ocasiones, servir como medida auxiliar de ciertas políticas cuya finalidad es la reestructuración del sistema productivo y el ajuste empresarial ¹²⁸. Se favorecen, así, las reconversiones de empresas, la reestructuración de plantillas y la mayor competitividad. Así, cuando el trabajador ve extinguido su contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, objetivas o de producción, entran en juego las prestaciones por desempleo; después, una vez agotadas aquellas, en su caso, los subsidios por desempleo, y, finalmente, cuando los expulsados del mercado laboral son trabajadores de edad avanzada que no han conseguido volver al mercado laboral, la prestación por jubilación ¹²⁹.

Además, tras la reforma de 2012, la nueva regulación del artículo 51 ET ha facilitado la tramitación de este tipo de despidos al no ser necesaria la autorización administrativa para formalizar un expediente de regulación de empleo –ERE–. De acuerdo con el artículo 51.2, en la comunicación de apertura del período de consultas a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral, deben consignarse los criterios que se han utilizado para la designación de los trabajadores afectados por el ERE. El apdo. 5, por su parte, permite establecer prioridades de permanencia a favor, entre otros colectivos, de trabajadores mayores de determinada edad, ya sea por convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas.

Con todo, los trabajadores maduros siguen siendo el colectivo más afectado por los ERE, pese a que los apdos. 9 y 11 del artículo 51 ET establecen ciertos

¹²⁷ *Infra, vid.*, en el actual Capítulo, el epígrafe 3.2.1.

¹²⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.* p. 122.

¹²⁹ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.* p. 122.

requisitos adicionales para afectar a estos trabajadores. Así, el apdo. 9 obliga, «cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incur-sas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967», a «abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio espe-cial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previs-tos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social»¹³⁰. Asimismo, para compensar el impacto que estos procesos generan sobre el sistema de protección por desempleo, el artículo 51.11 dispone que las empresas con bene-ficios que realicen despidos colectivos que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, cuando se haya utilizado la edad, exclusivamente, como criterio preferente de selección de los trabajadores objeto de despido, deberán realizar una aportación económica al tesoro público¹³¹. Para que nazca la obliga-ción, el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de despidos ha de ser superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa, como medida para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos¹³².

3.2.1 LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO

El artículo 41 CE ordena a los poderes públicos mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asis-tencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, espe-cialmente en caso de desempleo». En cumplimiento de este mandato constitu-cional, el sistema de Seguridad Social otorga protección al trabajador ante el desempleo por medio de una prestación contributiva, de carácter público y obligatorio, destinada a proporcionar las rentas de sustitución de los salarios que el trabajador ya no va a obtener porque ha perdido su empleo, con carácter temporal o definitivo¹³³.

¹³⁰ Artículo 51.9 ET.

¹³¹ CABEZA PEREIRO, J., «La aportación económica al tesoro público en caso de despidos colectivos de empresas con beneficios», *Justicia Laboral*, núm. 50, 2012, pp. 15-27.

¹³² DA 16 del RD 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida labo-ral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo que modificó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social como medida para evitar la discriminación de los trabajadores mayores de 50 años ante los despidos colectivos. *In extenso*, vid. ESTEBAN LEGARRETA, R., «El deber empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público por el despido de trabajadores de 50 o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades», *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 12, 2015, pp. 73-87.

¹³³ Artículo 263 LGSS.

El concepto de desempleo está definido en el artículo 262.1 LGSS como la situación de «quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267». El desempleo es total, cuando el trabajador cesa en la actividad que realizaba, temporal o definitivamente, siendo, por tanto, privado de su salario¹³⁴. El desempleo es, en cambio, parcial cuando, al amparo del artículo 47 ET, el trabajador ve reducida, temporalmente, su jornada de trabajo ordinaria, entre un mínimo de un 10% y un máximo de un 70%, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹³⁵, con arreglo a lo establecido en el artículo 47 ET.

Para que un trabajador puede acceder a una prestación de desempleo¹³⁶, además de cumplir con los requisitos generales de afiliación y cotización, debe encontrarse en situación legal de desempleo, en los términos estipulados por la Ley¹³⁷. Así, salvo excepciones, el requisito *sine que non* es que su salida del puesto de trabajo no haya sido voluntaria. Se exige, asimismo, que esté inscrito como demandante de empleo en el SEPE, la firma de un documento de compromiso de búsqueda activa de empleo para su reinserción laboral y, llegado el caso, deberá «aceptar la colocación adecuada» en los términos dispuestos por el artículo 301 de la LGSS.

El nacimiento del derecho a una prestación de desempleo del nivel contributivo, así como su extinción está condicionada por la edad del trabajador, a la que se refiere expresamente en dos ocasiones la regulación de la prestación. En primer lugar, el apdo. d) del artículo 266.1 LGSS establece que el desempleado no haya «cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el período de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada». Y, en segundo lugar, el artículo 272 LGSS señala, entre otras causas, que el derecho a la percepción de la prestación se agota cuando el titular del derecho cumpla «la edad ordinaria de jubilación, con las salvedades establecidas en el artículo 266.d)», «o pase a ser pensionista de jubilación»¹³⁸. Es decir, cuando un trabajador desempleado, que está percibiendo una prestación por desempleo, cumple la edad legal de jubilación y está en condiciones de causar el derecho a una pensión, se extingue su derecho a percibir una prestación por desempleo. A partir

¹³⁴ Artículo 262.2 LGSS.

¹³⁵ Artículo 262.3 LGSS.

¹³⁶ Artículo 266 LGSS.

¹³⁷ Artículo 267 LGSS.

¹³⁸ Artículo 272.1.d) y e) LGSS.

de ese momento, establece una nueva relación con el sistema, que ya no lo considera un trabajador desempleado necesitado de protección, al convertirse en pensionista de la Seguridad Social y pasar a percibir una prestación de jubilación. Por tanto, el derecho a la prestación de desempleo se agota al no concurrir ya la situación de necesidad o desprotección¹³⁹.

La prestación de desempleo del nivel contributivo no refleja, en cambio, en absoluto, la incidencia de la edad del trabajador para determinar la cuantía de la misma¹⁴⁰. Los elementos más relevantes de la prestación para causar el derecho son la cotización por la contingencia de desempleo¹⁴¹, el período de carencia y las bases de cotización, que determinarán la cuantía de la misma¹⁴². En general, los trabajadores maduros, al presentar más estabilidad laboral, suelen causar prestaciones más elevadas, ya que sus bases de cotización son más altas y los períodos de carencia más prolongados. Con todo, el factor edad debería tener más relevancia, directa, en la protección por desempleo, ya que las circunstancias profesionales, personales y familiares de un trabajador desempleado de 20, 35, 50 o 55 años, son distintas¹⁴³. En este sentido, debería abordarse una reforma de la prestación, que, además de efectuar una auténtica «gestión de la edad»¹⁴⁴, revise los elementos estructurales de la misma –duración, compatibilidad con trabajo, etc.–¹⁴⁵.

En ocasiones, los trabajadores en edades cercanas a la jubilación, aun habiendo salido de forma involuntaria del mercado de trabajo, han perdido el interés por encontrar un nuevo empleo. El análisis de los requisitos exigidos por la Ley para causar el derecho a la prestación, excepto la edad, revela que la protección por desempleo está anudada al interés del trabajador para encontrar un nuevo empleo. Siguiendo a Álvarez Cortés, aunque hay que expandir la protección para cubrir las situaciones de necesidad que genera el desempleo, también se necesario contener el gasto que generan las prestaciones. Tal vez

¹³⁹ BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social: Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 822-872.

¹⁴⁰ En este sentido, *vid.*, MORENO GENÉ, J., «La protección por desempleo de los trabajadores maduros como mecanismo de transición hacia la jubilación», en AA. VV. (Dir.: MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters-Aranza, Cizur Menor, 2017, pp. 366 ss.

¹⁴¹ Artículo 266.b) LGSS.

¹⁴² Artículo 269.1 LGSS.

¹⁴³ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *La influencia de la edad en las relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 590.

¹⁴⁴ GALA DURÁN, C., «Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación», en AA. VV. (AESS), *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015, pp. 272 ss.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *La influencia de la edad en las relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 591.

esa es la razón por la que se ha dicho que, como «incentivo» a la búsqueda de empleo, las prestaciones por desempleo no deberían de ser ni abundantes ni duraderas ya que «el interés del desempleado por encontrar empleo es inversamente proporcional a la tasa de sustitución de las rentas dejadas de percibir y/o al período de percepción de las prestaciones por desempleo»¹⁴⁶. Ello justificaría la reducción de los fondos que dan protección al desempleo en aras de creación de políticas de fomento del empleo, conectando las políticas pasivas con las políticas activas de empleo. La idea que subyace es que una política eficaz para combatir el desempleo no debe basarse exclusivamente en garantizar una renta sustitutoria, o reducir su cuantía y duración, sino que debe de combinarse con otras medidas enfocadas a la reinserción laboral¹⁴⁷.

3.2.2 LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO PARA TRABAJADORES MADUROS

El desempleado de edad madura, por lo general, se halla en situación de especial vulnerabilidad, con un alto riesgo de exclusión social, pues se enfrenta a enormes dificultades para recolocarse en un trabajo digno, regular y suficientemente remunerado, lo cual produce un efecto devastador, tanto para el individuo como para la unidad familiar a cuyo sustento contribuye¹⁴⁸. Y, es que, cuanto más tiempo está en paro una persona de más de 45 años, mayores dificultades tiene para encontrar un nuevo empleo¹⁴⁹. Cuando estos trabajadores han agotado una prestación contributiva de desempleo y todavía no han conseguido reintegrarse en el mercado laboral, la contingencia no ha desaparecido y, por tanto, siguen necesitando que el sistema les proteja.

El subsidio de desempleo es una prestación del nivel asistencial, de carácter público y obligatorio, que garantiza la protección a las personas desempleadas, bien cuando no se dan los requisitos para causar el derecho a la prestación de desempleo, o bien cuando esta se ha agotado, supliéndola¹⁵⁰. El subsidio trata, de alguna manera, de evitar la exclusión social del demandante

¹⁴⁶ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 124.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S., *Introducción al derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 273-274.

¹⁴⁸ CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Políticas de empleo (I) ...», *op. cit.*, pp. 247 ss.

¹⁴⁹ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo», *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2014, ref. BIB 2014/4097, base de datos Aranzadi, p. 3.

¹⁵⁰ BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social: Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones...*, *op. cit.*, pp. 822-872.

de empleo, en los términos fijados por la LGSS, cuando este carece de rentas mínimas para subsistir¹⁵¹. En este nivel de protección, la edad del trabajador desempleado adquiere una mayor importancia. En esencia, es el elemento que va a determinar, bien el derecho a una modalidad particular de subsidio, o bien la duración del mismo. No obstante, la mera circunstancia de ser desempleado de mayor edad no garantiza el acceso a un subsidio de desempleo, ni siquiera cuando no existe la posibilidad de reincorporarse al mercado de trabajo, lo que provoca situaciones de desprotección¹⁵².

El artículo 274 LGSS se refiere a la edad como uno de los requisitos para causar el derecho a percibir determinados subsidios. En concreto, el subsidio por desempleo para mayores de 45 años, y el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, también llamado de prejubilación. Pero la edad del desempleado, también puede determinar la duración de la ayuda, como sucede en el subsidio de responsabilidades familiares. En efecto, sin que la edad sea el elemento que determina su percepción, si el desempleado tiene 45 años o más, se amplía la duración de esta ayuda¹⁵³.

En cuanto al subsidio para mayores de 45 años, podrán ser beneficiarios del mismo, aquellos desempleados, mayores de 45 años, que hayan agotado la prestación contributiva de desempleo y carezcan de responsabilidades familiares¹⁵⁴. Como sucede en casi todas las prestaciones del nivel no contributivo, se exige, además, que el desempleado pueda demostrar carencia de rentas en los términos establecidos por el artículo 275 LGSS. Este subsidio tendrá una duración de 6 meses, improrrogables¹⁵⁵.

El subsidio por desempleo para mayores de 52 años está destinado a aquellos trabajadores que han agotado la prestación contributiva o el subsidio por desempleo. Así, podrán ser beneficiarios de esta ayuda, aquellos trabajadores que hayan cotizado por desempleo durante, al menos, 6 años a lo largo de su vida laboral y puedan acreditar que, salvo la edad, reúnen los requisitos necesarios para acceder a cualquier pensión contributiva de jubilación, aun cuando carezcan de responsabilidades familiares¹⁵⁶. El RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, había elevado la edad de acceso a este subsidio hasta los 55 años. No obstante, el RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, rebajó la edad de acceso en

¹⁵¹ Artículo 275 LGSS.

¹⁵² GALA DURÁN, C., «Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad...», *op. cit.*, pp. 273-274.

¹⁵³ Artículo 274.1.a) LGSS.

¹⁵⁴ Artículo 274.1.b) LGSS.

¹⁵⁵ Artículo 277.1 LGSS.

¹⁵⁶ Artículo 274.4 LGSS.

tres años ¹⁵⁷. Asimismo, se ha suprimido el requisito de tener cumplida la edad, ahora de 52 años, en el momento del hecho causante, pudiendo solicitarse si, desde entonces hasta la fecha en que se cumpla esa edad, el trabajador ha permanecido inscrito ininterrumpidamente como desempleado en los servicios públicos de empleo.

Por lo que se refiere a la carencia de rentas para poder acceder a este subsidio ¹⁵⁸, hay que señalar la significativa modificación que ha sufrido este requisito por el alto impacto económico que supone para las arcas de la Seguridad Social. Así, para causar el derecho, el desempleado mayor de 52 años debe carecer de rentas «propias» de cualquier naturaleza superiores al 75% del salario mínimo interprofesional. Es decir, no se tienen en cuenta las rentas de cualquier otro miembro de la unidad familiar, sino que únicamente se computan y cuantifican las que percibe el posible beneficiario. En este sentido, la medida parece que puede suscitar algún tipo de abuso del derecho. Sería el caso de personas desempleadas, en edad y disposición de trabajar, que, en realidad, no desean retornar al mercado de trabajo porque no tienen esa necesidad económica, al contar con otro tipo de recursos económicos procedentes de otro miembro de la unidad familiar. No obstante, estos desempleados podrán acceder al subsidio y percibir una renta «sustitutoria» hasta la jubilación ordinaria ¹⁵⁹.

Algunos autores defienden que, en virtud de la configuración jurídica de este subsidio, que pretende dotar a los trabajadores de edad avanzada de una mínima protección social hasta que puedan alcanzar la jubilación, en el caso de que no encuentren empleo, es esencial que los elementos del mismo sean individuales y privativos ¹⁶⁰. Según aquellos, no sería muy adecuado que, por una parte, se exijan determinados requisitos de carácter individual, y, por otra parte, se ponderen otras circunstancias que superen dichos límites, como es la economía de la unidad familiar. Así, no estaría respetando el régimen jurídico del subsidio, que sean las circunstancias familiares, del beneficiario, las que condicionen el acceso al mismo, mientras la cuantía permanece intacta ¹⁶¹. Con todo, en tiempos de crisis, parece cuestionable que un subsidio asistencial,

¹⁵⁷ Artículo 1.1 RD-Ley de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

¹⁵⁸ *In extenso*, vid. ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., «Las contraindicaciones en la determinación de la situación de necesidad a efectos del subsidio por desempleo», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2009, pp. 41-50.

¹⁵⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 598.

¹⁶⁰ PÉREZ DE PRADO, D., «La reforma de la protección por desempleo», en AA. VV. (Dirs.: GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER DE UGUINA, J. R.), *Las reformas laborales y de la Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova Thomsom-Reuters, Valladolid, 2014, pp. 485-486.

¹⁶¹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, *op. cit.*, p. 598.

susceptible de disfrute por períodos muy prolongados, no tenga en cuenta los recursos económicos de toda la unidad familiar a efectos de limitación de rentas. Sin duda, es imprescindible que los servicios públicos de empleo realicen un seguimiento más efectivo de la búsqueda activa de empleo respecto de las personas receptoras de prestaciones y subsidios, así como la revisión de las normas para la aceptación de una colocación adecuada.

La mayor protección de este colectivo de personas de 52 años, especialmente vulnerable, justifica alguna de las mejoras introducidas por el RD-Ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, pero no solo mientras se encuentran en situación de desempleo, sino con proyección de futuro. En efecto, uno de los objetivos de las políticas de empleo es la atención especializada de los colectivos prioritarios, entre los que se encuentran los trabajadores de más de 45 años, así como la eliminación de cualquier clase de discriminación, asegurando políticas adecuadas para la incorporación laboral. En este sentido, debe otorgárseles protección tanto en la situación de desempleo como en el futuro pensionable, amortiguando las consecuencias de la situación de desempleo en la pensión futura de jubilación. En concreto, se ha prolongado la duración máxima del subsidio que, anteriormente, se percibía hasta que el desempleado pudiera acceder a cualquier modalidad de pensión contributiva de jubilación, incluida la anticipada con ampliación de coeficientes reductores de la cuantía de la pensión. Tras la reforma acometida por el RD-Ley 8/2019, el subsidio para mayores de 52 años se podrá percibir hasta que el beneficiario cumpla la edad ordinaria de jubilación¹⁶². Se elimina, por tanto, la exigencia de que el desempleado en el que concurrieran los requisitos para acceder a la jubilación anticipada, deje de percibir el subsidio para pasar a cobrar la pensión de jubilación, con la consiguiente aplicación de los coeficientes reductores, penalizando, así, la carrera del desempleado. Además, se incrementa la cuantía de la cotización por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio, del 100 al 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento¹⁶³. Ambas mejoras son muy relevantes respecto a la cuantía de la futura pensión de jubilación que se verá incrementada, por un lado, porque se eliminan los posibles coeficientes reductores en caso de jubilación anticipada y, por otro lado, por la mejora de la cotización durante el período de devengo del subsidio, que tendrá efecto tanto para el cálculo de la base reguladora

¹⁶² Artículo 285 LGSS.

¹⁶³ Artículo 280 LGSS, tras su modificación por el artículo 1.6 del RD-Ley 8/2019. El nuevo porcentaje se mantiene en la reforma de la DA 6.2 del RD-Ley 3/2022, de 8 de marzo.

como para determinar el porcentaje aplicable a la misma. No tendrán en cambio validez esas cotizaciones para acreditar el período mínimo de cotización exigido, *ex* artículo 205.1.b) LGSS, para el acceso a la pensión de jubilación.

Finalmente, de manera indirecta, también se debe considerar incluida la edad en los apartados 3 y 4 del artículo 282 LGSS. En concreto, se refieren a los programas de fomento del empleo destinados a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo –entre los que se pueden incluir los desempleados de edad madura–. Así, frente a la regla general de incompatibilidad, en estos programas es posible compatibilizar la percepción de la prestación o del subsidio por desempleo con el trabajo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia.

El precepto legal es desarrollado, en relación con el trabajo por cuenta ajena, por la disposición transitoria quinta de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, que conecta las políticas de protección frente al desempleo con las políticas activas de empleo. La citada disposición regula un programa de fomento del empleo destinado al colectivo de desempleados mayores de 52 años que sean beneficiarios de cualquiera de los subsidios del artículo 274 LGSS ¹⁶⁴.

El programa permite compatibilizar el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo, indefinido o temporal, pero con una duración mínima de tres meses, con el subsidio asistencial por desempleo. Su objeto es estimular la contratación de parados de larga duración mediante la rebaja del salario a abonar por el empresario, siempre que el desempleado no haya trabajado en la empresa contratante durante los últimos 12 meses y no tenga una particular vinculación con aquel ¹⁶⁵. Así, si el trabajo es por cuenta ajena, durante la vigencia del contrato y con el límite máximo del doble del período pendiente de percibir, el subsidio que le corresponda al trabajador se reducirá hasta el 50% del importe inicialmente reconocido. El empresario, por la prestación de servicios, tendrá cumplida la obligación del pago del salario por esa cantidad, que completará hasta la cuantía del salario acordado ¹⁶⁶. Por otro lado, será la entidad gestora la que abonará al trabajador el importe mensual del subsidio en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social, que

¹⁶⁴ DESBARATS, I. y ESTEBAN LEGARRETA, R., «Incentivos y medidas contractuales para el fomento del empleo de trabajadores maduros. Propuestas de mejora desde la experiencia francesa», *Iuslabor*, núm. 3, 2016, p. 19.

¹⁶⁵ Cónyuges, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguineidad o afinidad, o en su caso por adopción, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades.

¹⁶⁶ Apdo. 3 DT 5.ª Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

correrá a cargo del empresario, por la cuantía total del salario, incluyendo el importe del subsidio ¹⁶⁷. Asimismo, en el caso de que la contratación sea indefinida, podrán aplicarse las bonificaciones que correspondan a la cotización a la Seguridad Social.

El programa no contempla la posibilidad de compatibilizar la prestación de desempleo con trabajo en el caso de que el desempleado perciba la prestación contributiva. No obstante, se revela una medida muy positiva ya que se benefician tanto el empresario como el trabajador y, a su vez, supone un ahorro para las arcas de la Seguridad Social. Así, es preferible que un trabajador desempleado de mayor edad, con dificultades para la reinserción laboral, pueda retornar al mercado laboral, antes que seguir en desempleo cobrando un subsidio ¹⁶⁸. Sin duda, sería también muy positivo ampliar esta norma a los beneficiarios de subsidios por desempleo para mayores de 45 años, como reclamo para la contratación de los trabajadores maduros que, en la actualidad, está limitada para los perceptores del subsidio para mayores de 52 años, incentivando, asimismo, la contratación indefinida.

3.2.3 EL PROGRAMA DE RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN

Las orientaciones de la UE sobre el fomento del empleo de los trabajadores de edad madura aconsejan a los Estados miembros la promoción de políticas de lucha contra el desempleo que combinen la garantía de ingresos –como ayuda para paliar los efectos económicos adversos del desempleo– con medidas de inserción laboral. En este sentido, se han ido estableciendo medidas *ad hoc* a través de programas de protección social que simultáneamente aportan ayuda económica e impulsan la capacidad de inserción de los desempleados, en especial, la de aquellos más vulnerables, con mayores dificultades de reinserción, como son los trabajadores maduros. Siguiendo las directrices europeas, que se recogen en los Planes de Acción para el Empleo ¹⁶⁹, la disposición final octava de la LGSS, habilita al Gobierno a regular,

¹⁶⁷ Apdo. 4 DT 5.ª Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años...», *op. cit.*, pp. 195-196.

¹⁶⁹ En este sentido, *vid.* el Acuerdo por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2021, según lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley de Empleo aprobada por el RD-Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, BOE, núm. 299, de 15 de diciembre de 2021. Asimismo, *vid.* el Acuerdo por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2022, según lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley de Empleo aprobado por el RD-Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, BOE, núm. 116, de 4 de mayo de 2022. El PAPE 2022 incluye servicios y programas de acuerdo con los ejes definidos en el ar-

dentro de la acción protectora por desempleo, pero fuera del citado texto legal, el establecimiento de una ayuda económica específica denominada Renta Activa de Inserción –RAI–. La finalidad que persigue esta prestación es dual ya que los beneficiarios, que son personas desempleadas con necesidades económicas y especial dificultad para encontrar empleo, además de percibir una ayuda económica, adquieren el compromiso de realizar actuaciones favorables de su inserción laboral, combinándose, pues, medidas de empleo activas y pasivas.

El marco jurídico que desarrolla esta ayuda de carácter estatal es el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el Programa de Renta Activa de Inserción –RAI– para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo¹⁷⁰. La RAI es una prestación económica de último recurso con carácter específico y permanente que no está sujeta a disponibilidad presupuestaria¹⁷¹. Por tanto, supone un tercer nivel de protección del régimen público de Seguridad Social, pero diferenciado del nivel contributivo y asistencial, que se financia como el resto de prestaciones y subsidios por desempleo¹⁷².

Pero además de una ayuda económica para trabajadores desempleados, la RAI es un programa de activación para el empleo dirigido a desempleados de larga duración, mayores de 45 años y menores de 65, que han agotado una prestación o subsidio de desempleo, así como para emigrantes retornados también en esa franja de edad. En consecuencia, el programa de la RAI no está dirigido a las personas en general, sino que está enfocado, especialmente, a desempleados maduros en situación de necesidad¹⁷³. Asimismo, también pue-

título 10 de la derogada Ley de Empleo. Asimismo, *vid.* Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo Digno para 2023, según lo en el artículo 13.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2023, de 28 de febrero, BOE de 6 de junio de 2023, núm. 134. Así, el Eje 4, Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, «Comprende las acciones, actuaciones o actividades que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de las personas con discapacidad, de las personas en situación de exclusión social, de las personas con responsabilidades familiares...».

¹⁷⁰ SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V., «Comentarios a la renta activa de inserción», en VV. AA. (Dir.: ROQUETA BUJ, R. y Coord.: TATAY PUCHADES, C.), *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Lex Nova Thomsom Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 150

¹⁷¹ *In extenso*, *vid.* ESTEBAN LEGARRETA, R., *La Renta Activa de Inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, A. M., *Nuevo régimen jurídico renta activa de inserción (A propósito del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

¹⁷² LÓPEZ GANDÍA, J., «Las políticas pasivas: protección por desempleo...», *op. cit.*, p. 489.

¹⁷³ RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Renta activa de inserción y programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo», en VV. AA. (Dir.: ROQUETA BUJ, R. y

den solicitar la RAI, desempleados con discapacidad superior al 33% y víctimas de violencia de género o de violencia doméstica sin tener que cumplir el requisito de la edad.

Para ser beneficiario de la RAI se exige, en primer lugar, como desempleado de larga duración, haber estado inscrito como demandante de empleo al menos durante los doce meses anteriores a la solicitud. Además, se requiere, haber extinguido las prestaciones y subsidios por desempleo, excepto para los emigrantes retornados y las víctimas de violencia de género o doméstica. Este requisito deja fuera del ámbito subjetivo de aplicación de la RAI a aquellas personas que bien no han tenido un primer empleo, o bien no han generado el derecho a una prestación por desempleo¹⁷⁴. Un tercer requisito es la carencia de rentas de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75% del SMI. En caso de convivencia en una unidad familiar, únicamente se entenderá cumplido este requisito, cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar dividido por el número de miembros que la componen no supere el 75% del SMI. Finalmente, se exige no haber sido beneficiario de la RAI en los 365 días anteriores a la fecha de solicitud o en más de tres ocasiones¹⁷⁵. La cuantía y duración de la prestación es muy limitada, el 80% del IPREM durante un período de 11 meses.

Asimismo, el solicitante deberá cumplir con un elemento objetivo, y aquí es donde conecta con las políticas activas, ya que deberá suscribir el compromiso de actividad, en los términos establecidos por el artículo 300 LGSS. Se obliga, por tanto, a realizar las actuaciones que determine el Servicio Público de Empleo en el plan personal de inserción, que se desarrollará mientras el desempleado está incorporado al programa. Es necesario, en concreto, acreditar que se han realizado, al menos, tres acciones de búsqueda activa de empleo¹⁷⁶, como envío o presentación de currículos en, al menos, tres empresas distintas; realización de, al menos, una entrevista de trabajo; inscripción en, al menos, una agencia de colocación; inscripción como solicitante de empleo en dos o más portales de empleo públicos o privados; presentación, al menos, a una oferta de trabajo gestionada por los Servicios Públicos de Empleo; o cualesquiera otras ofertadas por los Servicios Públicos de Empleo y, específica-

Coord.: RODRÍGUEZ PASTOR, G.), *Crisis económica y medidas antes el desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 328.

¹⁷⁴ MORENO GENÉ, J., «La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida «definitiva» de su empleo hasta la jubilación», en VV. AA. (Coords.: MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, A. M.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 291.

¹⁷⁵ Artículo 2 RD 1369/2006, de 24 de noviembre.

¹⁷⁶ Artículo 3 RD 1369/2006, de 24 de noviembre.

mente, acciones formativas o acciones de información y actuaciones dirigidas al autoempleo y emprendimiento.

El Programa de la RAI se financia, como política activa de empleo, a cargo de las subvenciones para el fomento de la inserción y estabilidad laboral; como política pasiva, su financiación corre a cargo del presupuesto destinado al desempleo, es decir, con el mismo régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo VI del título III de la LGSS ¹⁷⁷. Hay que subrayar que las competencias sobre políticas activas y pasivas de empleo están repartidas entre diferentes administraciones, lo que demanda un plus de coordinación entre las administraciones competentes, territoriales y central. La falta de eficacia en la coordinación puede resultar un hándicap para que este tipo de programas, en lo que a políticas de empleo se refiere, logren sus objetivos.

Esta prestación, por su configuración, garantiza, por un tiempo, unos ingresos mínimos a la vez que procura la inserción laboral del desempleado, alargando la protección por desempleo más allá del nivel contributivo y asistencial. A pesar de que está dirigida a trabajadores maduros, aquellos de edad más avanzada difícilmente podrán reintegrarse en el mercado laboral, por lo que, para estos, la RAI operaría como una ayuda económica temporal ¹⁷⁸.

La doctrina se divide en torno al Programa de la RAI. Para algunos, se potencia la inclusión de ciudadanos inactivos en programas de reinserción laboral, ya que, aunque la cuantía es menor que la de otras ayudas autonómicas similares, el seguimiento es más estrecho y con mayores prestaciones. Por el contrario, otro sector opina que, la prestación, más que a la inclusión laboral, está dirigida a combatir situaciones de pobreza ¹⁷⁹. Siguiendo a López Gandía, este programa no tiene mucha razón de ser. El Estado debería de extender la cobertura del subsidio de desempleo del nivel asistencial, que ya lleva incorporada la activación para la inserción laboral, ampliando la duración de la prestación en el caso de los trabajadores maduros ¹⁸⁰.

¹⁷⁷ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...» *op. cit.* p. 128.

¹⁷⁸ MORENO GENÉ, J., «La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida «definitiva» de su empleo hasta la jubilación...», *op. cit.*, p. 302.

¹⁷⁹ YSÁS MOLINERO, H., «Alternativas de protección social de los trabajadores de edad frente al desempleo o al empleo precario: ¿perfección de rentas mínimas o tránsito hacia la renta básica?», *El Impacto de la normativa en el empleo de las personas de edad. Evaluación y propuestas de mejora, Documentación Laboral*, núm. 112 (extraordinario), vol. IV, Cinca, Madrid, 2017.

¹⁸⁰ *In extenso, vid.* LÓPEZ GANDÍA, J., «Las prestaciones por desempleo y las rentas de inserción» en VV. AA. (Coord.: CARDONA RUBERT, M. B.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 223-242.

3.2.4 OTRAS AYUDAS DE ÚLTIMO RECURSO

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 incorporó a la LGSS el Subsidio Extraordinario de Desempleo –SED¹⁸¹–, destinado a remplazar la ayuda deparada por el Programa de recualificación profesional de aquellas personas que agoten su prestación por desempleo –el Plan Prepara¹⁸²– que, a su vez, sustituyó al Programa Temporal por Desempleo e Inserción –PRODI¹⁸³–, o la ayuda del Programa de Activación para el Empleo –PAE¹⁸⁴–. Todas estas ayudas constituyen políticas pasivas de empleo,

Estos programas, a diferencia de la RAI, no están destinados, específicamente, a trabajadores maduros. No obstante, al representar estos uno de los colectivos más afectados por el paro de larga duración, se convierten en los principales beneficiarios de este tipo de subsidios¹⁸⁵. Se trata de garantizar un mínimo vital a los desempleados durante un tiempo limitado, más o menos prolongado, que les permita, si son jóvenes, encontrar un nuevo puesto de trabajo, y si son desempleados de edad avanzada, proteger el estado de necesidad generado hasta alcanzar la edad legal de jubilación¹⁸⁶. Este tipo de programas, tal y como se expresa en la exposición de motivos del PRODI, pretenden ser más que una mera ayuda económica e ir más allá «por la vía de aplicación de medidas adecuadas dirigidas a fomentar la capacidad de inserción laboral de los colectivos afectados, mediante su participación en un itinerario activo de inserción para el empleo, de forma que se vinculen y alcancen objetivos, no sólo de protección social sino de reinserción laboral»¹⁸⁷.

El Plan Prepara, que sustituyó al PRODI, era una ayuda de último recurso para desempleados de larga duración que habían agotado el resto de prestaciones y subsidios. La subvención del Plan Prepara ascendía a 2400 euros

¹⁸¹ DA 27.^a LGSS.

¹⁸² Artículo 2 RD-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas.

¹⁸³ RD-Ley 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción, tramitado posteriormente como Ley 14/2009, de 11 de noviembre.

¹⁸⁴ RD-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo.

¹⁸⁵ MORENO GENÉ, J., «La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida “definitiva” de su empleo hasta la jubilación...», *op. cit.*, p. 304.

¹⁸⁶ SELMA PENALVA, A., «Aspectos prácticos, perspectivas de futuro y cuestiones controvertidas de la Renta Activa de Inserción», *Información laboral*, núm. 9, 2016, p. 47.

¹⁸⁷ PÉREZ DEL PRADO, D., «Los planes extraordinarios de empleo y crisis económica. Entre la necesidad y la reconstrucción de las políticas pasivas de empleo en España», en VV. AA. (Coord.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 159-176.

o 2700 euros, en función de si el desempleado tenía cargas familiares o no, y se percibía dividida en seis pagas mensuales. La adhesión al programa conllevaba una serie de obligaciones que el desempleado debía asumir, como el compromiso de asistir a cursos de formación y sesiones de orientación con la finalidad de mejorar su empleabilidad. El Plan Prepara entró en vigor en 2011 y nació con una vocación de temporalidad de seis meses de duración, no obstante, fue prorrogado sucesivamente de forma expresa, hasta que el RD-Ley 1/2013, de 25 de enero, introdujo la prórroga automática del programa por seis meses, dotándolo de una seguridad jurídica más amplia. Finalmente, perdió su vigencia el 30 de abril de 2018¹⁸⁸.

El Programa de Activación para el Empleo –PAE– fue un programa específico y extraordinario de carácter temporal, dirigido a parados de larga duración, que estuvo en vigor desde su aprobación, en diciembre de 2014, hasta el 30 de abril de 2018¹⁸⁹. Se trataba de una nueva red de protección, en línea con los anteriores programas, con una configuración jurídica que le permitió erigirse en un instrumento de acompañamiento de los trabajadores desempleados de edad avanzada hasta su jubilación. Así, a diferencia del Plan Prepara, los desempleados que agotaban las prestaciones o subsidios de desempleo, la RAI o el Plan Prepara, podían acceder a este programa. El PAE¹⁹⁰ aunaba políticas activas de empleo y de intermediación laboral, con el objetivo de incrementar la empleabilidad del trabajador desempleado, ya que, además de ofrecer una ayuda económica, vinculaba su percepción a la participación del desempleado en políticas de activación para el empleo.

Con todo, estas circunstancias ponen en evidencia la efectividad de estas medidas, cuyo fin último es mejorar la empleabilidad y dar nuevas oportunidades a los desempleados más vulnerables, con mayores dificultades de reintegración en el mundo laboral y de ofrecer rentas sustitutorias a aquellos que se encuentran en especial situación de necesidad¹⁹¹.

En la actualidad, el Subsidio Extraordinario por Desempleo –SED– ha sustituido a los anteriores programas con una configuración jurídica muy simi-

¹⁸⁸ *In extenso*, vid. BLASCO LAHOZ, J. F., «El establecimiento de la nueva ayuda económica de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional (Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero)», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2011, pp. 8-14.

¹⁸⁹ *In extenso*, vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «El programa de activación para el empleo 2015-2016 y otras cuestiones contenidas en el Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 383, 2015, p. 141.

¹⁹⁰ *In extenso*, vid., MONEREO PÉREZ, J. L., «Desempleo de larga duración y medidas activas de “empleabilidad” e inserción laboral», *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, pp. 15-35.

¹⁹¹ MORENO GENÉ, J., «La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida “definitiva” de su empleo hasta la jubilación...», *op. cit.*, p. 318.

lar. El SED es una ayuda de último recurso para desempleados de larga duración en situación de desempleo total, que han agotado todas las prestaciones del nivel contributivo o asistencial, del Plan Prepara o RAI, y no han percibido, previamente, la ayuda económica de acompañamiento establecida en el PAE. Para acceder al SED se exige, haber cesado involuntariamente en el último trabajo realizado por cuenta ajena, haber estado inscrito como demandante de empleo al menos durante 360 días en los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la ayuda, así como, acreditar haber realizado, durante el mes anterior a la fecha de la solicitud, acciones de búsqueda activa de empleo.

El resto de requisitos son los comunes de los subsidios del nivel asistencial. Así, el desempleado no puede tener la edad de acceso a la pensión de jubilación en cualquiera de sus modalidades, contributiva o no contributiva, y deberá acreditar carencia de rentas, de cualquier naturaleza, superiores al 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Para poder acceder a este subsidio, el desempleado debe de tener responsabilidades familiares, esto es, cónyuge o hijos a cargo. El subsidio tiene una cuantía de 451 euros al mes, con una duración de seis meses, sin que sea posible extenderlo más allá de ese período.

El 1 de enero de 2022 entró en vigor la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital¹⁹², que sustituye al previo RD-Ley 20/2020 tras su tramitación como proyecto de Ley¹⁹³. La puesta en marcha de esta prestación se ha visto acelerada por la crisis del COVID-19, pues más allá de la crisis sanitaria y económica, la pandemia ha derivado en una profunda crisis social, que afecta especialmente a las personas en situación de vulnerabilidad.

El ingreso mínimo vital es una prestación económica de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, de ámbito nacional, similar a la Renta Mínima de Inserción, el llamado Salario Social, que ya operaba a nivel autonómico¹⁹⁴. Sin ser un subsidio dirigido especialmente a trabajadores maduros, es un mecanismo que pretende garantizar un nivel mínimo de renta a personas en situación de vulnerabilidad, que carecen de los recursos econó-

¹⁹² Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 2021.

¹⁹³ RD-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, BOE núm. 154, de 1 de enero de 2020.

¹⁹⁴ Sobre la RMI, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., «La renta de subsistencia. En especial, la renta de inserción como derecho social», en VV. AA. (Coord.: BAYLOS GRAU, A. P., CABEZA PEREIRO, J., CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, 2015, pp. 713-755.

micos suficientes para cubrir sus necesidades mínimas vitales, entre los que quedarían incluidos aquellos desempleados de larga duración mayores de 45 años que han agotado todas las prestaciones y subsidios que depara el Sistema. Esta prestación no es un fin en sí misma, ya que opera como una red de protección de las personas vulnerables con el objetivo de posibilitar la transición desde la situación de exclusión social que les impone la ausencia de recursos hacia otra en la que se puedan desarrollar con plenitud en la sociedad. En este sentido, y con el fin de que la percepción del ingreso mínimo vital no desincentive la participación en el mercado de trabajo, la Ley 19/2021 dispone, *ex* artículo 11.4, que «la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan»¹⁹⁵. La compatibilidad del IMV con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia se regula en el reciente RD 789/2022, que, conforme a su disposición final cuarta, entrará en vigor el día 1 de enero de 2023 y cuyo fin último es mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas trabajadoras beneficiarias de la prestación.

A modo de conclusión, en el ámbito de las políticas activas de empleo y la protección frente al desempleo, habría que pensar en establecer nuevos límites de edad que definan y diferencien a los trabajadores de edad avanzada, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades. Así, el límite de edad podría variar en atención a la formación o titulación del trabajador, prestando especial atención a las mujeres con baja cualificación profesional. En efecto, aquellos trabajadores que carezcan de un título profesional para el desempeño de una ocupación, o del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria o equivalente, en definitiva, trabajadores con baja cualificación que presentan mayores dificultades tanto para la conservación del empleo como para su reinserción profesional, el límite se podría situar en 50 años de edad. Para el resto, el límite se establecería a partir de 55 años¹⁹⁶.

¹⁹⁵ RD 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación.

¹⁹⁶ *Vid., in extenso*, TORTUERO PLAZA, J. L., «La reforma de la jubilación. Políticas de pensiones y políticas de empleo», *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009, pp. 160 ss.

4. LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO DEL TRABAJADOR MADURO

El objetivo principal de la Estrategia Europa 2020 fue lograr el crecimiento inteligente, sostenible e integrador de la UE ¹⁹⁷. Inteligente, con base en el desarrollo del conocimiento y la apuesta por la innovación, ambos conceptos necesarios para el empleo. Sostenible, a través de una economía más verde, competitiva y eficaz en la gestión de recursos. E integrador, en cuanto que está dirigido a la creación de empleo y a la cohesión territorial, para lo cual la Comisión Europea propuso siete iniciativas representativas. Una de estas iniciativas fue la Estrategia Europea para el Empleo y las Competencias de los Trabajadores –EEE–, dirigida, especialmente, a elevar de manera significativa la tasa de empleo de hombres y mujeres de la UE. Se pretendía garantizar el crecimiento económico, las finanzas públicas y la sostenibilidad de los sistemas de protección social de los Estados miembros, a través de cuatro mejoras esenciales, que afectaban, al funcionamiento de los mercados de trabajo, a la calidad del empleo y de las condiciones de trabajo, a la creación de empleo y, finalmente, a la cualificación de los trabajadores; todas ellas relacionadas entre sí y la última indispensable para conseguir las otras tres ¹⁹⁸.

La UE, para afrontar los retos del nuevo siglo, apostó por la fórmula de flexiseguridad, que fomenta estrategias globales de aprendizaje permanente a lo largo de toda la carrera profesional, permitiendo a los trabajadores mantenerse al día con respecto a las nuevas competencias. Ello, sin duda, contribuye a dar seguridad en el empleo, a la mejora de los mercados laborales y, finalmente, a reducir el paro estructural ¹⁹⁹. En este sentido, la Comisión ha dado tres importantes directrices a los Estados miembros para mejorar sus índices de empleabilidad. En primer lugar, aconseja el establecimiento de una clasificación europea de aptitudes, competencias y oficios. En segundo término, potencia la reforma de los sistemas de reconocimiento de las cualificaciones profesionales. Y, finalmente, promueve la movilidad geográfica, mejorando la aplicación del principio de la libre circulación de trabajadores ²⁰⁰. La Comisión

¹⁹⁷ Comunicación de la Comisión: «Europa 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010), 3 de marzo de 2010.

¹⁹⁸ CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B., TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Políticas de empleo (I) ...», *op. cit.*, pp. 277 ss.

¹⁹⁹ Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10312>

²⁰⁰ CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B., TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Políticas de empleo (I) ...», *op. cit.*, pp. 278 ss.

Europea, sabedora de su importancia, ha hecho de la formación profesional unos de los ejes de la política común. Así, la Recomendación del Consejo, de 24 de noviembre de 2020, sobre la educación y formación profesionales para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia acoge estos planteamientos²⁰¹.

Es evidente que la formación para el empleo no es una cuestión temporal, sino que se debe prolongar más allá de la EEE, especialmente tras la crisis sanitaria. El Plan de Transformación, Recuperación y Resiliencia²⁰² desarrolla los proyectos de inversiones y reformas para recuperar y modernizar el país y superar los efectos globales de la pandemia, actuando a través de diez políticas palanca que engloban los treinta componentes del Plan. Entre ellas, la VII, denominada «Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades», propone una serie de actuaciones y reformas que afectan a los componentes 19, 20 y 21. En concreto, para que el Plan tenga el impacto previsto, se considera imprescindible reforzar el capital humano, tanto a corto plazo, para generar actividad, como a medio y largo plazo, para conseguir el refuerzo estructural de la economía. Para ello, el Componente 20 desarrolla el Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional, cuyo objetivo principal es reformar y modernizar la Formación Profesional, para ampliar las competencias y aumentar la empleabilidad, así como fomentar el reciclaje profesional²⁰³. Se pretende establecer un Sistema de Formación Profesional único que integre toda la Formación Profesional, la del Sistema Educativo y la del Empleo, con Referencia al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, configurándose como el eje vertebrador capaz de adaptarse a las transformaciones de los sectores de producción y transformaciones de los sectores productivos y mantener la competitividad de trabajadores, y por extensión, de las empresas en las que desempeñan su profesión. El Plan, asimismo, pretende que la formación de la ciudadanía sea accesible en cualquier momento de la vida, como un proceso de aprendizaje continuo, que permita actualizar los conocimientos y competencias y, así, mantenerse en el mercado de trabajo.

Se da la paradoja de que, al tiempo que muchos desempleados no consiguen acceder al mercado de trabajo, las empresas no consiguen cubrir sus vacantes. En concreto, las vinculadas a niveles intermedios de cualificación, re-

²⁰¹ Recomendación del Consejo de 24 de noviembre de 2020 sobre la educación y formación profesionales para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia, DOUE, C 417/1, de 2 de diciembre de 2020.

²⁰² El plan está financiado por los fondos *next generation* de la UE.

²⁰³ Accesible en <https://planderrecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-20-plan-estrategico-de-impulso-de-la-formacion-profesional>

lacionadas con actividades para la modernización del sistema económico debido al cambio tecnológico y la nueva economía verde y azul. En general, son empleos generados por la digitalización y la transición ecológica que deberán ser cubierto por trabajadores cualificados y competentes. Se prevé que, en 2025, en España, el 49% de los puestos de trabajo requerirán una cualificación intermedia, y, tan solo, el 14%, una cualificación inferior²⁰⁴.

En España, desde 2020, se ha pretendido integrar el doble Sistema de Formación Profesional de las cualificaciones mediante un Sistema de Formación Profesional que responde al principio de aprendizaje a lo largo de la vida, propio de la sociedad actual, complementado con la capacitación laboral, promovida desde fuera del Sistema de Formación Profesional. La Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de Cualificaciones y la Formación Profesional había creado dos sistemas, sin relación entre ellos, la formación profesional del sistema educativo, con sus correspondientes ciclos formativos, y la formación profesional para el empleo, a través de los certificados de profesionalidad. Tras veinte años de vigencia de esta Ley, ese sistema de formación, a tenor de los resultados, no había dado una respuesta eficaz, acorde a las necesidades y al modelo que la nueva economía requiere.

En este sentido, dado que la regulación no cumplía con los requisitos y resultados de un buen sistema de formación profesional, urgía su reforma. Así, para aprovechar la oportunidad de los Fondos Europeos *Next Generation*, que financian el nuevo Sistema de Formación Profesional, se ha acometido la reforma y, finalmente, se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional²⁰⁵, que responde al compromiso asumido por España, tanto a nivel estatal como europeo, y, desde el punto de vista social y económico, presenta una oportunidad para facilitar la cualificación y, por tanto, la empleabilidad. La Ley regula un régimen de formación y acompañamiento profesional, que pretende responder a los intereses y las aspiraciones de cualificación profesional de las personas a lo largo de su vida y, también, a las competencias demandadas por el mundo laboral.

La formación es uno de los pilares de las políticas de empleo dirigidas a los trabajadores maduros, un colectivo que se torna vulnerable, entre otros motivos, por su déficit de formación. Por ello, es indispensable avanzar en la mejora de las competencias profesionales de estos trabajadores, para lograr un empleo de calidad en un entorno cada vez más competitivo, con mayores exigencias en lo que

²⁰⁴ Preámbulo Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, BOE, núm. 78, de 1 de abril de 2022.

²⁰⁵ Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022.

a cualificación se refiere. Así, las carencias más significativas son, sin duda, los idiomas, el inglés en particular, y la escasa formación en nuevas tecnologías²⁰⁶. En este sentido, tal vez no sea la edad lo que discrimina a estos trabajadores, sino el déficit de competencias, por lo que, los departamentos de recursos humanos quizás deban prevenir estas situaciones, gestionando políticas de formación adecuadas, a lo largo de toda la vida laboral. No obstante, las pequeñas y medianas empresas no cuentan con este tipo de departamentos y, además, carecen de capacidad para asumir los costes de formación de sus trabajadores. En una época de crisis constante, invertir en formación no es sencillo.

Los desempleados de edad madura necesitan actualizarse, posicionarse, para su reinserción en el mercado laboral, por lo que son necesarias políticas de empleo que incluyan la formación profesional. Para que esta resulte eficaz, deberá ser acorde con las necesidades del mercado de manera que potencie la empleabilidad, y deberá ser, asimismo, una formación personalizada y adecuada a las aptitudes del demandante de empleo, ya que no toda la formación sirve o es de utilidad²⁰⁷. En un concepto amplio de formación profesional cabrían, por un parte, todas aquellas medidas que mantienen, actualizan y perfeccionan las competencias profesionales, es decir, las habilidades y conocimientos que permiten realizar la prestación laboral de forma adecuada²⁰⁸. Y, por otra parte, también hay que considerar otras formas alternativas y complementarias de formación, como la orientación y el consejo profesional, o los sistemas de apoyo y entrenamiento personalizados²⁰⁹.

Los cambios que se han producido en los últimos cuarenta años, de constante innovación y evolución tecnológica, han hecho que el legislador implemente medidas que favorezcan la formación continua del trabajador, para alejar de él, el fantasma de la obsolescencia profesional, que puede derivar, finalmente, en desempleo. La legislación laboral española contiene las normas que procuran la formación para el mantenimiento del empleo. Así, la norma laboral básica reconoce el derecho del trabajador a la promoción y formación profesional en el trabajo en los artículo 4.2.b) y 23 ET, e incluye el desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a mantener y favorecer su emplea-

²⁰⁶ OLMOS RUEDA, P., SANAHUJA GAVALDÁ, J. M., PÉREZ AMOROS, F., «La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad y su contribución a las políticas de envejecimiento activo», en *El impacto de la normativa en el empleo de las personas de edad. Evaluación y propuestas de mejora, Documentación Laboral*, núm. 112 (extraordinario), vol. IV, Cinca, Madrid, 2017, pp. 123-143.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ CAVEDA, A., «El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos», *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, núm. 298, 2008, p. 246.

²⁰⁹ *Ibidem*.

bilidad, mediante su adaptación a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo ²¹⁰, que correrá a cargo de la empresa ²¹¹. En este sentido, en el nuevo modelo que ofrece la Ley Orgánica 3/2022, todas las empresas participarán en alguna medida con sus propios recursos en la financiación de la formación de sus trabajadores. En concreto, el capítulo III recoge el nuevo enfoque de las iniciativas de formación profesional para el empleo, y sitúa a las empresas y a los trabajadores en el centro del sistema. Así, la formación que programa la empresa para sus propios trabajadores tiene un nuevo papel, ya que se convierte, por una parte, en el instrumento principal que responde a las necesidades cambiantes de los sectores productivos y, por otra parte, debe atender a las necesidades de adaptación, cualificación y empleabilidad de los trabajadores.

Asimismo, la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, conforme a su exposición de motivos, tiene como objeto impulsar y realizar una formación que contribuya al desarrollo personal y profesional de las personas trabajadoras, para mejorar su empleabilidad y su promoción en el trabajo, especialmente de aquellos que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral, entre los que se encuentran los trabajadores maduros. La Ley incluye distintas iniciativas y programas de formación que se desarrollan en el marco del Sistema Nacional de Empleo, a través del Servicio Público de Empleo Estatal y de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, compartiendo la gestión en la que también intervienen los interlocutores sociales. Entre los principios que rigen el sistema de formación profesional para el empleo hay que destacar «el impulso a la formación programada por la empresa, con la participación de la representación legal de los trabajadores, como vía ágil y flexible de responder a las necesidades más inmediatas y cercanas a empresas y trabajadores» y «la accesibilidad y participación de las personas con discapacidad o especialmente vulnerables en las acciones del sistema de formación profesional para el empleo, mediante la adopción de las disposiciones y medidas que resulten necesarias» ²¹².

Entre los diferentes programas de formación profesional que existen, ninguno de ellos se corresponde con algún programa específico destinado a mantener el empleo de los trabajadores maduros. No obstante, este colectivo, como el resto de los trabajadores, puede participar en la formación que programa la empresa, a través de planes formativos de empresa, bien para atender a

²¹⁰ Artículo 4.2.b) ET.

²¹¹ Artículo 23 ET.

²¹² Artículo 3.i) y k) Ley 30/2015, de 9 de septiembre.

necesidades relacionadas con la actividad principal de la misma, bien para alcanzar una mayor eficiencia profesional ligada a un puesto de trabajo, o bien para formarse para adquirir otro tipo de conocimientos. Los gastos de estos programas se sostienen a través de un sistema de cofinanciación en el que las empresas, por una parte, aportan una cantidad de dinero y ejecutan, por otra, por el crédito recibido para formación obtenido a través de un sistema de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. La cuantía se determina, en ambos casos, en función del tamaño de la empresa²¹³.

Los planes formativos de las empresas, en su caso, se pueden complementar con planes de formación de trabajadores ocupados que ejecutan el SEPE y los agentes sociales de un sector determinado de producción²¹⁴. Su objetivo es formar trabajadores para un sector productivo concreto o, también, reciclar a los trabajadores procedentes de sectores en crisis. El RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y transformación del mercado de trabajo, introdujo en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, un nuevo apdo. 7, que incrementa el crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada de las personas afectadas por ERTE. No obstante, no son suficientes los incentivos financieros, sino que hay que adaptar el contexto y los métodos de enseñanza y aprendizaje. La normativa laboral también prevé, si se justifica debidamente, la posibilidad de otorgar al trabajador permisos individuales remunerados para obtener formación profesional fuera de la empresa²¹⁵.

En opinión de Martínez Barroso, la inversión en formación debería estar directamente relacionada con la duración de la vida activa en la empresa. Es decir, si un trabajador maduro tiene mayor posibilidad que uno joven de continuar en la empresa cinco años más, ello debería aumentar la probabilidad de recibir formación, pues la tasa de retención determina la de retorno de la inversión²¹⁶. Se suscita, sin embargo, una duda, sobre si la formación profesional de los trabajadores de edad es o no su problema principal, cuando, precisamente, por razones de edad, están muy condicionados por su inexorable y próxima jubilación²¹⁷. En este sentido, el empresario puede considerar baldío dedicar recursos en formación para trabajadores próximos a la jubilación. Y, asimismo, esos trabajadores, frecuentemente, no consideran necesario formarse. No obs-

²¹³ Artículo 6 Ley 30/2015.

²¹⁴ Artículo 9 Ley 30/2015.

²¹⁵ Artículo 23.3 ET.

²¹⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, op. cit., p. 477.

²¹⁷ OLMOS RUEDA, P., SANAHUJA GAVALDÁ, J. M., PÉREZ AMOROS, F., «La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad...», op. cit., p. 138.

tante, las personas cualificadas son las que tienen menos probabilidades de ser despedidas y más de ser contratadas²¹⁸.

El reconocimiento social del trabajo que realizan los trabajadores de edad madura es, también, muy importante para el mantenimiento del empleo. En este sentido, el artículo 39 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible señala que las Administraciones públicas mantendrán una política de promoción de la responsabilidad social, difundiendo su conocimiento y las mejores prácticas existentes y estimulando el estudio y análisis sobre los efectos en materia de competitividad empresarial de las políticas de responsabilidad social²¹⁹.

El binomio formación-empleo se erige como la clave de un modelo productivo de éxito que contribuye a la competitividad de las empresas. Sin duda, el nivel de estudios de los trabajadores maduros y su participación en actividades de formación permanente son indicadores de su nivel de empleo y de la agilidad de sus transiciones laborales²²⁰. No obstante, a medida que el trabajador va cumpliendo años, la participación en programas formativos descende, un aspecto preocupante, ya que el potencial de los trabajadores maduros no disminuye por la edad, sino por la obsolescencia de sus competencias. Por tanto, es necesario un enfoque preventivo que depare formación a lo largo de la vida del trabajador, un sistema formativo que contribuya a la promoción profesional de los trabajadores desde su acceso al empleo, el mantenimiento del mismo y, en el peor de los casos, el retorno al mercado de trabajo tras la adquisición y/o actualización de competencias.

Las estructuras administrativas que conforman el Servicio Estatal de Empleo, en el nivel territorial que corresponda, así como las entidades públicas o privadas que participen en la implementación de políticas de empleo, deben desarrollar, de manera coordinada, una oferta integral de servicios para el empleo, con equipos multidisciplinares que puedan ofrecer, además de orientación profesional, orientación psicosocial, de tal manera que se elaboren itinerarios personalizados adecuados al trabajador de edad madura²²¹. Este colectivo, por sus problemas de empleabilidad, es un colectivo prioritario reconocido específicamente por el sistema estatal de empleo. Al objeto de proporcionarles información profesional, técnicas de búsqueda de empleo y reali-

²¹⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, op. cit., p. 480.

²¹⁹ LANDA ZAPIRAÍN, J. P., «Ética empresarial y responsabilidad social corporativa», en AA. VV. (Dir.: GOÑI SEIN, J. L.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, p. 145.

²²⁰ GÓMEZ TORRES, M. J., «Inclusión social y personas de edad avanzada», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTES, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016, pp. 249-284.

²²¹ TORTUERO PLAZA, J. L., «La reforma de la jubilación...», op. cit., pp. 160 ss.

zar un seguimiento de los progresos en la empleabilidad, se les debería asignar un tutor que realice las tareas de prospección y búsqueda de oportunidades de empleo en el tejido empresarial más cercano, tratando de casar las necesidades de los empresarios locales y el perfil del desempleado. Para ello, es necesario una buena articulación institucional de las políticas de empleo entre los distintos niveles competenciales. En este sentido, la experiencia de los *Jobcenters* alemanes son un ejemplo a seguir, ya que combinan en una misma institución competencias de diferentes administraciones públicas²²².

Deben, pues, impulsarse medidas y acciones que contribuyan a eliminar la discriminación por estereotipos y a reducir la brecha digital generacional, así como realizar prospecciones periódicas que identifiquen las necesidades de generación de empleo, impulsando la formación en ese ámbito. En este sentido, la reforma del sistema de formación para el empleo necesita recursos económicos destinados a políticas activas de empleo, para la formación del trabajador, poniendo el centro de atención en las necesidades de las empresas.

La reforma del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, que modificó el artículo 11 ET, ha mantenido el requisito de edad máxima de 30 años para los contratos de formación en alternancia con trabajo retribuido en el supuesto de que el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad. En este sentido, sería muy positivo establecer un contrato, similar al regulado *ex* artículo 11 ET, para trabajadores maduros con escaso nivel de formación o desactualizados, que combine tareas teóricas y prácticas con la idea de reorientarlos hacia empleos más demandados por los empresarios. La parte teórica de formación, así como el salario del trabajador podrían estar subvencionados, aunque con la participación del empresario contratante²²³.

5. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA INTEGRAL PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MADUROS

Las nuevas tecnologías han transformando el mundo de las comunicaciones originando la cuarta revolución industrial y la derivada de la interconexión de los datos existentes en la red de internet. Innovación técnica, digital y social

²²² *In extenso*, vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. y PÉREZ DEL PRADO, D., «Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica», Fundación para el Diálogo Social, 2017, Accesible en http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf

²²³ TORTUERO PLAZA, J. L., «La reforma de la jubilación...», *op. cit.*, pp. 160 ss.

se relacionan entre sí, más aún, son interdependientes²²⁴. La transformación de la economía y, por tanto, del mercado de trabajo por causa de la digitalización y de la automatización empresarial, se extiende de manera universal, afectando a todo tipo de trabajadores, en especial a los trabajadores de edad madura, ya que presentan mayores problemas de adaptación a los nuevos procesos de producción²²⁵.

Según la OCDE, en 2030, este fenómeno habrá destruido alrededor de tres millones de empleos, que pasarán a engrosar la lista de los denominados «parados tecnológicos», un nuevo colectivo de desempleados estructurales. En este sentido, la brecha digital generacional aumenta, sobre todo, a partir de los 55 años, proyectándose directamente sobre el empleo, lo que convierte al factor tecnológico, vinculado a la edad del trabajador, en una nueva desventaja social y laboral, tal vez, una nueva forma de discriminación²²⁶. Si a ello se suma la inversión de la pirámide de población y las dificultades de financiación del Sistema de Seguridad Social, que incrementa proporcionalmente el número de trabajadores maduros y el número de pensionistas, parece necesario pensar en nuevas propuestas que activen el empleo de estos trabajadores.

La UE, a partir de 1993 –año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre generaciones–, empieza a abordar la dilatación de la vida laboral activa, más allá de la jubilación, en múltiples documentos –directrices, decisiones, recomendaciones e informes–²²⁷. Así, en 2004, la Comunicación de la Comisión, que lleva por título, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo», dirigida al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, apoya el envejecimiento activo, impulsando el establecimiento de medidas que desincentiven la jubilación anticipada, permitan el acceso a estrategias de formación y aprendizaje permanente, y promuevan la conservación del empleo y la flexiseguridad²²⁸.

²²⁴ AGUILAR DEL CASTILLO, M. C., «La formación y el emprendimiento respuesta a las nuevas realidades económicas y sociales», *Labor and law issues*, vol. 2, 2016, pp. 81-82.

²²⁵ CRUZ VILLALÓN, J., «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía», *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pp. 13-47.

²²⁶ SERRANO FALCÓN, C., «Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura...», *op. cit.*, p. 468.

²²⁷ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 93.

²²⁸ COM 2004 146 final, de 3 de marzo de 2004, Accesible en <http://www.stopdiscriminacion.org/archivos/edad/2004-Comunicado-Comision.pdf>

En España, en general, se ha recurrido al establecimiento de políticas pasivas de empleo –medidas económicas de protección social, como prestaciones o subsidios de desempleo–, así como distintas ayudas que aúnan protección económica y promoción de la empleabilidad. Con todo, este tipo de medidas, cuando el desempleado es un trabajador maduro, tienen como común denominador su dilación en el tiempo hasta que aquel pueda causar el derecho a la pensión de jubilación. Las políticas activas de empleo, que incentivan la permanencia en activo y la contratación de los trabajadores maduros, han sido, más bien, escasas. Tan solo se han establecido algunas medidas coyunturales orientadas a la promoción del empleo de este colectivo.

Asimismo, los incentivos a la contratación a los que se ha recurrido para la recolocación de los desempleados de edad madura han sido, básicamente, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, que, como norma general, están limitadas en el tiempo y, en ocasiones, sujetas a las políticas presupuestarias coyunturales y, por tanto, a la situación socio económica del momento. Sí se aprobaron algunas normas que procuran mantener el empleo de los trabajadores maduros como, por ejemplo, la obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público por parte de aquellos empresarios que, a través de despidos colectivos, prescindan de trabajadores de más de cincuenta años²²⁹. Esta norma, como medida para paliar los problemas de financiación de la Seguridad Social, es adecuada. Sin embargo, no parece que pueda calificarse como una política que proteja, efectivamente, el empleo de estos trabajadores²³⁰.

Pese al esfuerzo del legislador en impulsar el fomento del empleo con incentivos económicos a la contratación, la falta de efectividad es evidente. Desde el punto de vista empresarial, se aboga más por la flexibilidad que aporta la contratación temporal, que por la posible bonificación de la contratación indefinida. Así, con alguna excepción, los incentivos no se han revelado como un estímulo importante que vaya a condicionar las políticas de selección y contratación de una empresa²³¹. El empresario, *sensu contrario*, sí responde a las bonificaciones a la contratación de jóvenes, lo que produce el efecto, no deseado, de renunciar a la contratación de los mayores de 45 años²³².

El ordenamiento laboral, en ocasiones, lejos de frenar la expulsión de los trabajadores maduros del mercado de empleo, parece favorecer su despido. El

²²⁹ Artículo 51.11 ET.

²³⁰ ESTEBAN LEGARRETA, R., «La obligación del empresario de realizar aportaciones al Tesoro Público en despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años...», *op. cit.*, pp. 73-87.

²³¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años...», *op. cit.*, p. 190.

²³² GARCÍA LOMBARDÍA, P., «Como gestionar personas en una sociedad madura: Los efectos de la pirámide de edad», *IESE*, ST-391, 2016, p. 23.

ET, tradicionalmente, ha recogido como causa específica de despido, individual o colectivo, las causas técnicas, que concurren cuando se producen «cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción»²³³, englobando, por tanto, los cambios tecnológicos. Existe una creencia generalizada de que la extinción por causa técnicas sólo está justificada cuando los cambios tecnológicos están vinculados a una crisis económica empresarial²³⁴. Sin embargo, en la interpretación y aplicación de la norma laboral, las causas técnicas son autónomas de las causas económicas. Así, el ET no establece como requisito imprescindible, a estos efectos, que los cambios tecnológicos introducidos en la empresa sean la respuesta a una crisis económica empresarial objetivamente presente. Con todo, ambas causas pueden concurrir simultáneamente, o que una sea el resultado de la otra, es decir, los cambios de la tecnología se adoptan para evitar o superar una crisis económica empresarial.

También puede suceder que la empresa haya quedado obsoleta tecnológicamente, por falta de previsión e inversión en este campo. Ello puede dar lugar a que las empresas extingan contratos o, en el peor de los casos, se acuerde el cierre en el marco de una reestructuración empresarial por falta de competitividad. No obstante, normalmente, se alegan causas económicas, por más que la razón verdadera sea la causa tecnológica, que se aduce para reforzar el argumento o de complementariedad causal, pero no como la causa eficiente de la medida²³⁵.

Sin embargo, para el despido de trabajadores por esta causa, el empresario solo tiene que demostrar que la introducción de nuevas tecnologías en la empresa produce un excedente de empleo, lo que determina la decisión empresarial de extinguir contratos. Se admiten, por tanto, despidos justificados por causas, exclusivamente, tecnológicas, aun cuando la empresa tenga beneficios económicos²³⁶. En este sentido, este colectivo «tiene las de perder», ya que, sin duda, es el que tiene mayores dificultades de adaptación a la digitalización del empleo, propia de la industria de la cuarta revolución industrial, que, por otro lado, se revela como indispensable en muchos puestos de trabajo²³⁷. Por ello, en cuanto a despidos objetivos y colectivos se refiere, la legislación vi-

²³³ Artículo 51.1 ET.

²³⁴ CRUZ VILLALÓN, J., «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía...», *op. cit.*, pp. 35-36.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *In extenso*, vid. MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

gente «no frena, sino todo lo contrario, los procesos de extensión inmediata de la digitalización y de sus consecuencias sobre la destrucción de empleo»²³⁸.

Otra medida que, en lugar de frenar la salida, expulsa a los trabajadores de edad avanzada del mercado laboral es la extinción del contrato por la jubilación forzosa del trabajador²³⁹. Esta figura, con sus idas y venidas, ha irrumpido, de nuevo, en el ordenamiento laboral de la mano del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha reformado, de nuevo, la norma que la regula, la disposición adicional décima ET, con el siguiente tenor: «En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años (...) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora». Sin duda, otra medida muy alejada del envejecimiento activo²⁴⁰.

Por otro lado, cuando el problema del paro de este colectivo adquiere carácter estructural, por mor de las sucesivas crisis económicas, cobran especial relevancia las políticas públicas de formación profesional, que se revelan esenciales para que el trabajador maduro encare la revolución tecnológica y conserve su puesto de trabajo²⁴¹. En este sentido, las empresas conocen sus necesidades y, por tanto, la formación que precisan sus trabajadores. No obstante, los planes formativos de empresa son caros y, como ya se ha dicho, tan solo están cofinanciados. El empresario se enfrenta a unos costes que no puede o no quiere asumir; para él es más sencillo despedir al trabajador maduro y, en su lugar, contratar a un trabajador joven, nativo digital, cuyo coste laboral, además, es sensiblemente inferior. Por tanto, cuando se trate de formación del trabajador maduro, es necesario establecer programas especiales dirigidos a este colectivo, dentro de los programas formativos de empresa, financiados públicamente en su totalidad comprensivos no solo de formación específica

²³⁸ CRUZ VILLALÓN, J., «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía...», *op. cit.*, pp. 35-36.

²³⁹ *Infra, vid.* Capítulo V, epígrafe 3.6.

²⁴⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Las políticas activas de empleo», en VV. AA. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, pp. 462-463.

²⁴¹ CRUZ VILLALÓN, J., «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía...», *op. cit.*, p. 34.

del sector, sino, también, dirigidas a su alfabetización digital²⁴². Ello no impide que se pueda y deba mantener otro tipo de formación dirigida a trabajadores de sectores productivos concretos, ni, evidentemente, a la concesión de permisos personales para la formación a cargo del propio trabajador.

La OIT considera que el aprendizaje permanente es un compromiso de los gobiernos de los Estados, de las empresas y de los propios trabajadores. Aquellos deben invertir y crear las condiciones necesarias para mejorar la formación. Las empresas deben establecer buenas prácticas con el fin de promover el aprendizaje permanente de sus trabajadores. Y estos deben poder desarrollar sus trayectorias y sus competencias profesionales²⁴³. En este sentido, resulta esencial que los encargados de recursos humanos de las empresas detecten las necesidades de los trabajadores maduros. Cabría, incluso, abogar por la formación de grupos de diversas edades que se retroalimenten entre sí. Esto es, una suerte de equipos intergeneracionales en los que se compartan las habilidades de cada uno, ya sea fruto de la experiencia laboral o de las competencias en nuevas tecnologías. El trabajador maduro se puede implicar en la formación de los trabajadores nóveles, de reciente incorporación, prolongando su vida laboral y, de paso, ayudando a las generaciones más jóvenes «a una incorporación ordenada y tutelada en el mercado laboral»²⁴⁴.

Las medidas que promueven la reinserción laboral de los trabajadores maduros, se suelen diversificar en varios ámbitos de actuación: orientación para el empleo, gestión de la colocación, formación para el empleo, incentivos a la contratación y fomento del autoempleo²⁴⁵. Por lo que se refiere a los dos primeros, orientación y gestión para el empleo, la legislación laboral cuenta con los Servicios Públicos de Empleo y con las agencias de colocación que también realizan funciones de intermediación laboral. Con todo, se deberían potenciar algunos aspectos clave de este tipo de servicios. Así, se podría promover la colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo y las diversas asociaciones de personas de edad madura que, entre otras actividades, se dedi-

²⁴² SERRANO FALCÓN, C., «Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la industria 4.0», en VV. AA. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, pp. 464-465.

²⁴³ Recomendación núm. 195, OIT, para el desarrollo de los Recursos Humanos. Accesible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312533,es

²⁴⁴ ROJO TORRECILLA, E., «¿Asalariado o autónomo? Sobre el impacto de las políticas económicas y de empleo en la vida laboral de los trabajadores de edad madura», Comunicación presentada al Congreso Nacional de la AEDTSS, 2016, p. 1. Accesible en https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2016/154768/texto_comunicacion_AEDTSS_15_de_abril_de_2016.pdf

²⁴⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 98.

can a la búsqueda de empleo. En este sentido, el artículo 42.6 de la nueva Ley de Empleo contempla la posibilidad de establecer convenios con entidades que tengan por objeto favorecer la colocación de demandantes de empleo²⁴⁶. En efecto, el citado artículo aboga por potenciar la suscripción «de convenios para la ejecución de programas incluidos en los instrumentos de planificación y coordinación de la política de empleo que respondan a necesidades específicas..., o protejan a colectivos con necesidades especiales».

La transformación digital de las empresas también ha afectado al sector de recursos humanos, ya que, la introducción de tecnologías disruptivas genera a los candidatos a un puesto de trabajo nuevas necesidades que antes no existían. Los procesos automatizados de selección de personal cuentan con un software que realiza un primer filtro de selección entre los candidatos que solicitan una oferta de trabajo. Este tipo de software, si así se programa, puede producir una suerte de discriminación por razón de la edad en el acceso al empleo, al excluir, en la primera fase del proceso de selección, a los trabajadores de edad madura o a quienes no ostenten determinados requisitos precisamente vinculados a la juventud²⁴⁷. Si nada lo remedia, este es un nuevo obstáculo, tal vez, insalvable, para la reinserción laboral del trabajador maduro, lo que exige afrontar esta nueva forma «tecnológica» de discriminación en el acceso al empleo. Las nuevas tecnologías aplicadas a los recursos humanos buscan en la red de redes posibles candidatos para proveer puestos de trabajo, basándose en una selección de palabras clave. Para que los trabajadores maduros no queden apartados, *ab initio*, de los procesos de selección que se realizan *online* tienen que adaptar y codificar la información de sus *curricula*, utilizando palabras clave. Es lo que se denomina formación en «SEO», un posicionamiento web de calidad, con el objeto de que no se produzca un impacto negativo y permanezcan invisibles en estos procesos de selección. Por ello, es indispensable la formación de los trabajadores maduros en la búsqueda de empleo a través de los canales digitales, portales de empleo, redes sociales, etc. La brecha digital generacional se proyecta, por tanto, sobre el empleo. En efecto, el factor tecnológico anudado a la edad ha abierto una nueva vía para la discriminación múltiple, constituyéndose en una nueva desventaja social y laboral²⁴⁸.

²⁴⁶ SERRANO FALCÓN, C., «Las políticas activas de empleo para las personas de edad...», *op. cit.*, p. 466.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ OLARTE ENCABO, S., «Brecha digital, discriminación, pobreza y exclusión social», *Temas Laborales*, núm. 138, 2017, pp. 285-313.

El tercero de los ámbitos de actuación es el de la formación para el empleo. El Parlamento Europeo, en su Resolución, de 20 de octubre de 2021, sobre las políticas sociales y de empleo en la zona del euro en 2021 ²⁴⁹ ha señalado la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de edad en los mercados de trabajo, para facilitar el envejecimiento activo. Asimismo, se refiere a garantizar el aprendizaje permanente mediante inversión en educación y formación profesional inclusiva y de alta calidad mediante cursos y formaciones personalizadas que preparen a los trabajadores para las necesidades de un mercado de trabajo afectado por las transformaciones ecológica y digital. Y, en particular, incide en la necesidad de reforzar las medidas de capacitación y de reciclaje, en particular la adquisición de competencias digitales y transversales, a fin de que los trabajadores se adapten a las nuevas necesidades del mercado de trabajo ²⁵⁰. De este modo, se ha puesto de manifiesto en la Agenda Digital para España 2025, que comprende las medidas, articuladas en diez ejes estratégicos, en el que uno de ellos pretende reforzar las competencias digitales de los trabajadores con especial énfasis en las necesidades del mercado laboral ²⁵¹.

Dado que la brecha digital generacional por razón de la edad del trabajador es una nueva forma de discriminación laboral que se proyecta, sobre todo, en el empleo, resulta indispensable ofrecer al trabajador maduro la formación suficiente en nuevas tecnologías. En este sentido, la reinserción laboral de los trabajadores de edad madura requiere de procesos formativos adecuados para que puedan hacer frente a la cuarta revolución industrial y mitigar las situaciones de desempleo crónicas. Por ello, las políticas públicas de formación profesional, en un contexto como el actual de cambios tecnológicos, necesitan de una reforma que priorice la formación de los trabajadores maduros, especialmente la de aquellos que se encuentran en los niveles más bajos de formación ²⁵².

El cuarto grupo de medidas son aquellas que fomentan el empleo de los trabajadores maduros. A nivel estatal, estas medidas se implantan a través de normas que han introducido incentivos a la contratación en forma de bonificaciones, o reducciones, en función del organismo que asuma el gasto, sobre las cuotas de cotización a la Seguridad Social que corresponden al empresario. O de contratos de trabajo bonificados, que permiten compatibilizar parte de un subsidio con el salario y descontar, aquel, del salario a abonar al trabajador. Así,

²⁴⁹ Resolución del Parlamento Europeo sobre las políticas sociales y de empleo en la zona euro en 2021, 2021/2062 (INI).

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ Plan España Digital 2025. Accesible en <https://avancedigital.mineco.gob.es/programas-avance-digital/paginas/espana-digital-2025.aspx>

²⁵² SERRANO FALCÓN, C., «Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura...», *op. cit.*, p. 468.

por ejemplo, existen beneficios por la contratación de trabajadores desempleados, mayores de 52 años, beneficiarios de algún subsidio de desempleo del artículo 274 LGSS, cuando se realice un contrato a tiempo completo. Los trabajadores que se adhieren voluntariamente a este programa pueden compatibilizar el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena, en aplicación de lo previsto en el artículo 296, apdos. 3 y 4, de la LGSS y, en caso de contratación indefinida, la empresa se podrá beneficiar de las bonificaciones que puedan corresponderle si se cumplen los requisitos de la Ley 43/2006 o del RD-Ley 8/2019. Asimismo, a nivel sub-estatal, las Comunidades autónomas conceden sus propias subvenciones a la contratación para colectivos específicos.

Sería aconsejable realizar una valoración del impacto que este tipo de medidas han producido en la contratación de trabajadores maduros. Debe comprobarse si son realmente efectivas para el fomento del empleo del colectivo en cuestión o si solo rebajan costes sociales a las empresas para impulsar la contratación general. De ser así, estos incentivos no deberían ser considerados instrumentos para la reinserción de trabajadores maduros y, tal vez, habría que reestructurarlas para invertir en políticas de empleo formativas y de orientación laboral²⁵³. Y, en caso de ser efectivas, habría que aglutinarlas en una sola normativa de refundición, lo que facilitaría su aplicación.

Otro problema por abordar, es el desempleo prolongado de las mujeres de edad madura que tuvieron que abandonar el mercado laboral para criar a sus hijos –incluso, algunas de ellas nunca han podido acceder–. Habría que incentivar el retorno al mismo invirtiendo recursos económicos. Para ello, se podría crear algún tipo de bonificación para la mejora del cómputo de las cotizaciones a la Seguridad Social, en función del tiempo trabajado tras la vuelta al mercado laboral, para hacer efectivo en el momento de la jubilación²⁵⁴.

El fomento del trabajo autónomo del trabajador maduro es otra forma de reincorporación al mercado de trabajo. Según el pilar europeo de derechos sociales, toda persona tiene derecho a recibir apoyo para mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajo por cuenta propia²⁵⁵. La UE ya declaró al respecto, en la Comunicación de la Comisión «Hacia una recuperación generadora de empleo»²⁵⁶, la necesidad de promoción del emprendimiento e insiste en

²⁵³ SERRANO FALCÓN, C., «Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura...», *op. cit.*, p. 468.

²⁵⁴ TORTUERO PLAZA, J. L., «La reforma de la jubilación...», *op. cit.*, pp. 160 ss.

²⁵⁵ Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales, capítulo I, Igualdad de Oportunidades y de Acceso al Mercado de Trabajo, apartado 4, Apoyo activo al empleo. Accesible en, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017C1213(01)&from=FR)

²⁵⁶ Comunicación de la Comisión «Hacia una recuperación generadora de empleo», COM (2012) 173 final, 18 de abril de 2012.

que, en ocasiones, personas motivadas para emprender pueden encontrar hándicaps que les impidan iniciar la tarea de crear y dirigir nuevas empresas. Así, la falta de competencias empresariales y profesionales o la carencia de recursos económicos o de financiación pueden dar al traste con su iniciativa. En este sentido, con el objeto de facilitar el trabajo autónomo y fomentar el espíritu emprendedor, originando nuevo tejido empresarial y la creación de nuevos empleos, es necesario el apoyo a la creación de empresas, a través de normas de incentivos económicos y fiscales, la micro financiación, así como la simplificación administrativa que reduzca los trámites burocráticos injustificados.

Asimismo, la Comisión, en la Comunicación «Plan de acción sobre emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa»²⁵⁷ insiste en implicar a los trabajadores maduros en la creación de empresas, así como en el apoyo a los emprendedores, ya que «aumentaría al máximo la riqueza de conocimientos de que disponen, que puede perderse en el momento de su jubilación, fomentaría el aprendizaje entre generaciones y garantizaría la transferencia de conocimientos. En la medida en que las personas viven más tiempo y con mejor salud, los modelos tradicionales y las opciones de jubilación están empezando a cambiar, las personas mayores que deseen crear una empresa por primera vez deben poder aprovecharse de toda la gama de servicios de apoyo existentes». En este sentido, con el objeto de lograr estos objetivos, la Comisión invita a los Estados miembros a que «acojan a emprendedores mayores interesados en transferir conocimientos a los nuevos, y reúnan a aquellos emprendedores sin experiencia a fin de crear equipos con aptitudes amplias». En efecto, hay que valorar a los trabajadores de edad avanzada como fuente de conocimiento y como punto de apoyo de una nueva generación de emprendedores que les ayude a establecer y consolidar empresas.

Por lo demás, desde 1984²⁵⁸, existe la posibilidad de capitalizar la prestación por desempleo con el objeto de financiar los gastos que conlleva el establecimiento de una actividad por cuenta propia. Así, esta medida, contenida en el artículo 34 LETA²⁵⁹, tiene como finalidad fomentar y facilitar el emprendimiento autónomo por medio del abono, a los beneficiarios, del importe de la prestación contributiva de desempleo, con el fin de desarrollar una nueva acti-

²⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción sobre Emprendimiento 2020. Relanzar el espíritu emprendedor en Europa, 9 de enero de 2013.

²⁵⁸ Artículo 23.3 Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por Desempleo, por la que se modifica el título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre.

²⁵⁹ La capitalización de la prestación por desempleo se regulaba por el RD 1044/1985, de 19 de junio, así como por la DT 4.ª Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de LMU. Tras la reforma de la LETA, se mantiene lo previsto por el RD.

vidad como trabajadores autónomos, incorporarse como socios trabajadores en cooperativas, en sociedades laborales o mercantiles, o constituirlos ²⁶⁰.

También, en la Recomendación (UE) 2021/402, de 4 de marzo, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 ²⁶¹, la Comisión se pronuncia sobre la necesidad de promover la inclusión, brindando la igualdad de oportunidades en las transiciones en el mercado laboral. Los trabajadores de edad avanzada, poco cualificados o con un bajo nivel de capacidades, deben de seguir siendo objeto de atención. La Recomendación apunta la necesidad de implementar políticas activas de empleo que incentiven la contratación temporal, en las fases iniciales de la recuperación, para facilitar las transiciones laborales y la creación de empleos que no se habría producido sin tales incentivos. Asimismo, para favorecer políticas de capacitación y mejores servicios de empleo, medidas de apoyo activo eficaz para el empleo, financiadas con fondos disponibles de la Unión.

Con todo, la Recomendación advierte que, «de cara al futuro, los cambios en los patrones de consumo provocados por la crisis y la doble transición ecológica y digital, con ayuda del Pacto Verde Europeo y de la Estrategia Digital Europea, transformarán nuestras economías. Es posible que la recuperación de algunos sectores tarde un tiempo en llegar, si es que se produce, y que las empresas salgan de esta crisis con dificultades financieras. Si bien el Pacto Verde Europeo es el motor de nuestra estrategia de crecimiento y se espera que, para 2050, la transición hacia una economía más verde cree hasta dos millones de puestos de trabajo adicionales en toda la Unión, los empleos de ciertos sectores y regiones correrán el riesgo de ser desplazados. Esta evolución podría conducir a un aumento del desempleo a corto plazo, mientras que la creación de nuevos empleos de calidad puede llevar un tiempo, en función de las perspectivas económicas y de la disponibilidad de una mano de obra cualificada. El aumento del desempleo y una mayor inactividad implicarían una pérdida de capacidades, que podrían tener efectos duraderos para las personas afectadas y la economía en su conjunto. Si no se adoptan medidas eficaces de perfeccionamiento y reciclaje, se corre el riesgo de que el desempleo sea persistente». En este sentido, la realización de actividades de interés público o social por parte de desempleados maduros con especiales dificultades de reinserción en el mercado de trabajo, podría contribuir a su inserción y reactivación.

²⁶⁰ ROLDAN MARTÍNEZ, A., «La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento», en VV. AA. *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 573.

²⁶¹ Recomendación 2021/402, de 4 de marzo, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19, DOUE L 80, de 8 de marzo de 2021.

vacación laboral. Así, por una parte, se les proporciona un refuerzo de sus competencias laborales y, por otro, es una forma de activarlas para la posterior búsqueda de empleo y el retorno al mercado laboral ²⁶².

Finalmente, hay que hacer referencia a los recursos económicos del Fondo Social Europeo Plus –Estrategia FSE+ 2021-2027–²⁶³. El 27 de mayo de 2020, la Comisión aprobó un paquete de medidas que incluía, además del plan de recuperación *Next Generation Eu*, instrumentalizado a través del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia²⁶⁴, una propuesta revisada relativa al próximo marco financiero plurianual para el período 2021-2027, como respuesta de la UE a las repercusiones sociales y económicas de la pandemia de COVID-19²⁶⁵, aprobados el 16 de diciembre de 2020²⁶⁶.

La Estrategia FSE+ es el instrumento que la UE pone a disposición de los Estados miembros para invertir en las personas y aplicar el pilar europeo de derechos sociales. Es un programa excepcional y coordinado de apoyo económico y social, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros, en particular para con aquellos Estados miembros que se hayan visto especialmente afectados por los efectos de la pandemia. El FSE+ es el resultado de fusionar los recursos del Fondo Social Europeo, la Iniciativa de Empleo Juvenil, y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas más Desfavorecidas, con el fin de apoyar las políticas orientadas a alcanzar el pleno empleo, potenciar la calidad y la productividad en el trabajo, así como mejorar los sistemas de formación, y promover la inclusión social.

Las prioridades de inversión del FSE+ están dirigidas, fundamentalmente, a actuar en tres ámbitos: En primer lugar, el empleo, en particular, la igualdad de acceso al empleo, condiciones de trabajo justas, fomento del emprendimiento y mejora de la empleabilidad. En segundo término, la formación y el aprendizaje permanente. Y, finalmente, el de la inclusión social y lucha contra

²⁶² Orden de 30 de agosto de 2017, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa de Reactivación e Inserción Laboral para personas desempleadas de larga duración con especiales dificultades de inserción en el mercado de trabajo, de 17 de septiembre de 2017.

²⁶³ Documento Estrategia FSE+ 2021-2027, Subdirección General de Programación y Evaluación FSE, Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, Ministerio de Trabajo y Economía Social.

²⁶⁴ En este sentido, *vid.* el Reglamento UE 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, DOUE L 57/17, de 2 de febrero de 2021.

²⁶⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Presupuesto de la UE: Motor del Plan de Recuperación para Europa, 27 de mayo de 2020, Com/2020/442 Final.

²⁶⁶ Reglamento UE 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, DOUE L 433 I, de 22 de diciembre 2020.

la pobreza. También serán prioridades relevantes, la igualdad de género, la conciliación familiar y laboral, los sistemas de protección social y sistemas de asistencia sanitaria.

Teniendo en cuenta estas prioridades, se han fijado once objetivos específicos, para el período 2021-2027. Cabría citar, por lo que a este estudio interesa, seis de ellos. Primero, mejorar el acceso al empleo de todos los demandantes de empleo, incluidos los desempleados de larga duración, y de las personas inactivas, promoviendo el empleo por cuenta propia. Segundo, modernizar las instituciones y los servicios del mercado de trabajo, para evaluar y prever las necesidades de capacidades, garantizar una asistencia oportuna y personalizada. Tercero, promover la participación de la mujer en el mercado de trabajo, así como la adaptación de los trabajadores, las empresas y los empresarios al cambio, y el envejecimiento activo y saludable. Cuarto, mejorar la calidad, la eficacia y la pertinencia de los sistemas de formación para el mercado de trabajo, con vistas a apoyar la adquisición de competencias clave, incluidas las capacidades digitales. Quinto, promover el aprendizaje permanente, especialmente mediante oportunidades de mejora y reciclaje flexibles de las capacidades, una mejor previsión de los cambios y nuevos requisitos de capacidades, habida cuenta las necesidades del mercado de trabajo, facilitando las transiciones profesionales y promoviendo la movilidad profesional. Sexto, modernizar los sistemas de protección social.

Todas estas actuaciones van dirigidas a determinados colectivos prioritarios, como personas inactivas, en particular, desempleados de larga duración, especialmente mayores de 45 años y personas con baja cualificación, personas emprendedoras y trabajadoras/es autónomos o servicios públicos de empleo, con el objetivo de aumentar su capacidad de servicio a los demandantes de empleo, a las personas trabajadoras en transición laboral y a las empresas.

CAPÍTULO IV

LA RELACIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR MADURO. ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En el año 2007, el Comité Económico Social Europeo, partiendo del objetivo inicial de la Estrategia de Lisboa –de alcanzar antes de 2010 una tasa mínima de empleo superior al 50% para los trabajadores de más edad–, elaboró el dictamen «El impacto económico y presupuestario del envejecimiento de la población»¹. Este documento ya advertía, en relación con el envejecimiento y el mercado laboral, que la transformación demográfica de la fuerza de trabajo –que implicaba un aumento de la edad madura y una reducción del número de ciudadanos en edad laboral– hacía imprescindible promover medidas que dificultaran la exclusión del mercado laboral de los trabajadores maduros. Así, en su apdo. 3.6, propone «pasar de un enfoque basado meramente en la edad a otro basado en las capacidades concretas», con el objetivo de «desarrollar sistemas de trabajo que ayuden a los trabajadores de edad avanzada a ejercer eficazmente sus capacidades y adaptar sus condiciones de trabajo a las necesidades del grupo», de tal manera que la edad del trabajador no sea el obstáculo que le impida su continuidad en el puesto de trabajo². El dictamen recoge la necesidad de adoptar medidas urgentes dirigidas a incrementar la tasa de empleo entre los trabajadores mayores de 50 años, poner trabas a su exclusión del mercado de trabajo y promover instrumentos que favorezcan la reinserción y,

¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El impacto económico y presupuestario del envejecimiento de la población», DOUE C 161/1, de 13 de julio de 2007.

² SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...*, op. cit., p. 158.

en su caso, reconversión de los desempleados de mayor edad para garantizarles una pensión digna³.

Por otra parte, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido, y tiene, una relevante influencia, *auctoritas*, para la construcción de la Europa social. Su jurisprudencia es de especial relevancia en el ámbito interno, pues los tribunales nacionales deben acatar la doctrina que emana del Alto Tribunal. Los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros buscan el pronunciamiento del TJUE, como garante de la igualdad de trato y no discriminación, sobre la adecuación de sus normativas nacionales, en materia de empleo, al ordenamiento de la UE⁴.

En efecto, a través de las sentencias que dirimen las cuestiones prejudiciales planteadas por los Estados miembros, el TJUE se ha pronunciado sobre la aplicación y virtualidad de la Directiva 2000/78/CE, que establece el marco general mínimo para luchar contra la discriminación por las causas que contiene, entre ellas la edad, si bien, exclusivamente, en el marco del empleo y la ocupación, que, de momento, es el único ámbito en el que se ha podido interpretar el principio de no discriminación por razón de edad⁵. De las causas de nueva generación prohibidas por la Directiva 2000/78/CE, la edad, debido a las excepciones que admite, es la que más cuestiones prejudiciales ha generado. Esto se debe, entre otras razones, a que la edad, como factor discriminatorio, es de difícil delimitación ya que opera en dos niveles, edad máxima y edad mínima, discurre por dos vertientes, positiva y negativa, y, además, soporta un sinnúmero de prejuicios y estereotipos⁶.

Así, se han sometido a la consideración del TJUE todo tipo de previsiones, legales y convencionales, dictándose más de medio centenar de sentencias referidas a la discriminación por razón de edad del trabajador, antes, durante y al término de la relación laboral. Se conforman, pues, tres grandes bloques de

³ Apdo. 3, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El impacto económico y presupuestario del envejecimiento de la población».

⁴ El precepto que regula esta intervención es el artículo 267 TFUE, que otorga competencias al TJUE para pronunciarse «sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión». El mismo precepto concreta que «cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo», salvo cuando se plantee «en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno», en cuyo caso «dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal».

⁵ Conviene recordar que el artículo 19 TFUE proyecta horizontalmente la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación a cualquier ámbito competencial de la Unión Europea, pero, de momento, la ocupación y el empleo es el único normativizado por la Directiva 2000/78/CE.

⁶ REQUENA CASANOVA, M., «La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la Jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013, pp. 1-30.

resoluciones en función de la materia y las cuestiones que se plantean. Un primer bloque de resoluciones recaídas en asuntos relativos a la discriminación por edad en el acceso al empleo y/o forma de contratación atípica; un segundo bloque de sentencias que dirimen cuestiones prejudiciales en torno a normas que establecen diferencias de trato en las condiciones laborales durante la prestación de servicios; y, por último, un tercer bloque de resoluciones que analizan normativas controvertidas, sospechosas de discriminación por razón de la edad del trabajador al término de la relación laboral y/o jubilación.

1. EL ACCESO AL EMPLEO DEL TRABAJADOR MADURO: CONTRATOS ATÍPICOS Y REINGRESO EN EL MERCADO DE TRABAJO

Cuando un trabajador maduro pierde su empleo, a la hora de retornar al mercado de trabajo, se encuentra con serias dificultades que, en ocasiones, revelan una diferencia de trato por razón de edad, incluso con tintes discriminatorios. Así, diversas circunstancias, a veces, estereotipadas –como pueden ser la adaptación a las nuevas tecnologías, los salarios más altos que los miembros de este colectivo, con más experiencia, suelen demandar, o la posible pérdida de competitividad frente a los trabajadores más jóvenes–, se convierten en obstáculos que la persona de edad madura deberá sortear para encontrar un nuevo puesto de trabajo⁷. Tanto el legislador como los interlocutores sociales –estos últimos, a través de la negociación colectiva– han tratado de otorgar cierta protección a estos trabajadores, ya que, en más ocasiones de las deseables, el acceso al nuevo empleo se efectúa al amparo de un contrato de trabajo atípico.

La normativa laboral, tradicionalmente, ha deparado un tratamiento especial a los trabajadores maduros, con el objeto de combatir desempleo, precariedad y temporalidad y, así, evitar una posible discriminación laboral. En efecto, el 4.2.c) ET reconoce el derecho del trabajador a no ser discriminado en el acceso al empleo, o una vez empleado, entre otros motivos, por razón de «edad dentro de los límites marcados por esta ley». Asimismo, no se debe obviar la protección que depara la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que, en su artículo 9.3 ordena a los

⁷ MERCADER UGUINA, J. R., «Principio de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)», *Estudios de I+D+I*, núm. 46, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2009, pp. 4-10.

servicios públicos de empleo, entidades colaboradoras, agencias de colocación o entidades autorizadas «velar específicamente por el respeto del derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley» y aplicar medidas para la consecución de tal fin, como, por ejemplo, el currículo de vida anónimo.

Por su parte, el artículo 17 ET se reafirma como el precepto clave para hacer frente a las discriminaciones en las relaciones laborales por las causas que en él se mencionan, siendo la edad una de ellas. El apdo. 1 del artículo 17 ET, considera nulos y sin efectos «los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables», entre otros motivos, por razón de edad. No obstante, el apdo. 2 permite establecer por ley «las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente». El apdo. 3 habilita al Gobierno para «regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo», así como, *in fine*, para conceder, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, «subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo», medidas, todas ellas, orientadas a «fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos de tiempo indefinido». Y, finalmente, el apdo. 4 permite a la negociación colectiva establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. En particular, «podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación» o de clasificación profesional, promoción y formación a fin de que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado.

De forma complementaria, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, como parte de la reforma estructural, protege, especialmente, la discriminación en el empleo. Así, en el artículo 39, bajo el título, «No discriminación», dispone que «Sin perjuicio de la atención que debe observarse para combatir cualquier causa de discriminación, en la planificación, organización y desarrollo de las acciones de empleabilidad se guardará especial cuidado en evitar discriminaciones por edad, sexo o discapacidad, o por otras razones como orientación sexual, identidad de género, características sexuales, nacionalidad, origen racial o étnico, religión o creencias, o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social, así como la toma de cualquier decisión que pueda

implicar un sesgo o estereotipo negativo de las personas por estos motivos. Además, se evitará el establecimiento de criterios que presupongan que las personas destinatarias son suficientemente mayores, suficientemente jóvenes o referentes al sexo o a la discapacidad de estas.» Asimismo, el artículo 50, denominado «Colectivos de atención prioritaria para la política de empleo», dispone que «Se considerarán colectivos vulnerables de atención prioritaria, a los efectos de esta ley, a las personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración (...), personas mayores de cuarenta y cinco años (...) personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración (...), entre otros colectivos de especial vulnerabilidad, que son de atención prioritaria en las políticas activas de empleo, u otros que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo. Asimismo, los programas específicos y las medidas de acción positiva se reforzarán en los supuestos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad».

Aunque no existe un parámetro de edad que delimite el *status* de trabajador maduro, la nueva Ley de Empleo, al igual que su predecesora, ha situado en cuarenta y cinco años la edad a partir de la cual los trabajadores se pueden beneficiar de ciertas medidas para el fomento de la contratación. La misma edad que, en su momento, se estableció a efectos de concertación del contrato de fomento de la contratación indefinida⁸.

De igual modo, cuarenta y cinco años ha sido el rango de edad que se ha utilizado en programas de fomento de empleo, incluso anteriores a la Ley 56/2003 de Empleo, tal fue el caso de los incluidos por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, o posteriores a aquella, como la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en los que se repetían los incentivos de ahorro para el fomento de la contratación para mayores de cuarenta y cinco años⁹. Y, también, es la edad que da acceso al programa de renta activa de inserción –RAI–. Asimismo, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo estableció bonificaciones cuali-

⁸ El contrato de fomento de la contratación indefinida fue creado por la DA 1.ª del RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. Tras su tramitación parlamentaria, es incorporado a la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida. Finalmente, es derogado por la disposición derogatoria única c) del RD-Ley 5/2001, de 5 de marzo.

⁹ VALVERDE ASENCIO, A. J., «Modalidades contractuales e integración o conservación de la relación de personas de edad avanzada», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGOS, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.), *Personas de edad avanzada y mercado de Trabajo*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016, p. 293.

ficadas cuantitativamente para jóvenes autónomos que contrataran a parados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años ¹⁰.

Finalmente, para que los trabajadores maduros, cercanos a la edad legal de jubilación, prolonguen sus carreras laborales, compatibilizando trabajo a tiempo parcial y jubilación, se ha articulado una singular modalidad contractual, de fomento del empleo, para cubrir la jornada de trabajo que deja libre el jubilado parcial, que es el contrato de relevo ¹¹.

Se puede apreciar que, algunas de ellas, han sido medidas de ahorro de cotizaciones sociales en contratos atípicos o en contratos de fomento de la contratación indefinida residuales, que han ido desapareciendo, cuyos destinatarios eran desempleados de cuarenta y cinco años en adelante, edad que parece demasiado temprana para definir al trabajador maduro. No obstante, ciertamente, es a partir de esta edad cuando se advierten diferencias de trato en el acceso al empleo, que pueden ser resultar discriminatorias, una realidad conocida, pero aún pendiente de cuantificación ¹².

Las normas de la UE para combatir la discriminación en el acceso al empleo por razón de la mayor edad del trabajador, como ya se ha tratado ¹³, están contenidas en los artículos 21 y 25 de la CDFUE y en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, a pesar de su nombre, la Directiva incorpora una lista abierta de excepciones y justificaciones que permiten establecer diferencias de trato en el acceso al empleo por esta causa, sin que estas medidas puedan ser calificadas de discriminatorias, si están justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, como políticas de empleo y del mercado de trabajo, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Este esquema de la Directiva ha sido muy criticado por gran parte la doctrina iuslaboralista española ¹⁴, ya que la norma europea parte de la base de que la edad es susceptible de «generar diferencias

¹⁰ Artículo 11 Ley 11/2013, derogado por la disposición derogatoria única 2.c) RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre.

¹¹ *Infra*, vid. Capítulo V, epígrafe 3.3.

¹² Documento de *HelpAge Internacional* España, «La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos», Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: Madrid, 2020, pp. 29 ss., accesible en <https://www.observatoriorealidadsocial.es/es/documentacion/Record/547351>.

¹³ *Supra*, vid. Capítulo II.

¹⁴ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo...*, *op. cit.*, p. 64; BALLESTER PASTOR, M. A., «El tratamiento de la edad en Derecho Comunitario...», *op. cit.*, pp. 97-100, 107 y 113; de la misma autora, «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico...», *op. cit.*, pp. 19, 30-33, 52, 59 y 75; CABEZA PEREIRO, J., «Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad...», *op. cit.*, p. 258; y ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 208-211.

justificadas» por ser una característica dinámica que puede afectar a la capacidad laboral del trabajador¹⁵. En efecto, la discriminación por razón de la edad tiene «un sentido menos intenso y reivindicativo que otras interdicciones de discriminación (...), y parece funcionar a un nivel intermedio entre los supuestos genéricos de aplicación del principio de igualdad y los supuestos específicos de prohibición de discriminación»¹⁶. No obstante, otros autores sostienen que la Directiva aporta luz al ordenamiento interno e impide los abusos que se dan en este ámbito, a la vez que pretende lograr un equilibrio entre los intereses en juego, el derecho al trabajo y la libertad de empresa¹⁷.

En el ordenamiento interno, la prohibición de discriminación por razón de edad en el acceso al empleo está garantizada por la confluencia de dos derechos constitucionalmente reconocidos, el derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 14 CE y el derecho al trabajo del artículo 35.1 CE. Además de en el ámbito constitucional, como ya se ha dicho, esta prohibición también se halla recogida en la norma laboral básica, en el artículo 4.2.c) ET, que se complementa con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley de Empleo, que ordena a los gestores de la intermediación laboral «velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo», así como por lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley 15/2022.

Con todo, en los procesos de selección de personal, en ocasiones, se exige, *conditio sine qua non*, que el candidato no supere una edad determinada, sin tener en cuenta, a menudo, otras cualificaciones. En este sentido, algunos autores defienden que la característica de la edad debe ser reemplazada por la capacidad profesional del sujeto en cuestión, demostrada y constata-da¹⁸. No obstante, en línea con la STC 75/1983, de 3 de agosto, cabe la preferencia por una edad determinada si la finalidad es legítima y los medios son proporcionales y adecuados, doctrina respaldada posteriormente por la Directiva 2000/78/CE¹⁹.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, p. 1034.

¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario», en VV. AA. (Coords.: BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J. M.), *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, p. 23.

¹⁷ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., «Edad máxima para acceder a un empleo y su posible carácter de condición laboral injusta...», *op. cit.*, p. 24.

¹⁸ Esta postura es defendida por APARICIO TOVAR, J., «Discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Coords.: LOUSADA AROCHENA, J. F. y MOVILLA GARCÍA, M.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Comares, Granada, 1998, pp. 1 ss.; y, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La discriminación por razón de edad», *Temas laborales*, núm. 59, 2001, pp. 93 ss.

¹⁹ ECLI: ES: TC:1983/75. Esta sentencia tuvo un voto particular firmado por cinco Magistrados del Pleno.

La imposición de límites máximos de edad para el acceso a un puesto de trabajo es una práctica habitual, tanto en el ámbito público como en el privado, en ocasiones incompatible con la prohibición de discriminación. En este sentido, el tratamiento que se otorga al criterio de la edad en el acceso al empleo no puede ser el mismo en el sector público, que debe atender exclusivamente a los principios de mérito y capacidad²⁰, qué en el sector privado. En efecto, superadas algunas de las cuestiones que se plantearon a principios de los ochenta, como la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones *interprivatos*²¹, o, también, si el artículo 17.1 ET es de aplicación a los actos previos a la firma del contrato de trabajo, cuando se trata de acceso al empleo en el sector privado, la apreciación de discriminación por razón de edad presenta mayores dificultades. Así, se deduce del artículo 38 CE –que reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado– el derecho del empresario a elegir libremente el personal que va a incorporar a su plantilla²². De existir un tratamiento diferenciado en el acceso al empleo por razón de la edad, se deberá examinar si el interés empresarial en alcanzar los mejores resultados económicos puede ser considerado un objetivo legítimo, comparable a las políticas de empleo o del mercado de trabajo o, *sensu contrario*, es una discriminación²³. Sin duda, el interés legítimo modula el juicio de proporcionalidad, respetando, eso sí, el derecho fundamental de no discriminación²⁴. En todo caso, en los procesos de selección, el empresario debe tener presente el artículo 16.1.c) LISOS, que califica de infracción muy grave solicitar datos de carácter personal, como la edad del trabajador, ya que puede ser indicativo de discriminación en el acceso al empleo²⁵. Sin embargo, el cumplimiento de este precepto puede plantear un problema para el empresario ya que no le permitiría conocer la edad del posible candidato, lo que resulta excesivo en el caso de que aquel quiera beneficiarse de posibles bonificaciones derivadas de medidas de fomento del empleo²⁶.

²⁰ Artículo 23.2 y 103.3 CE.

²¹ *Supra*, vid. Capítulo I, epígrafe 2.2.

²² GOERLICH PESET, J. M., «El ingreso del trabajador en la empresa», en VV. AA. (Dir.: GOERLICH PESET, J. M.), *Manual de Derecho del Trabajo I*, 7.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 203.

²³ MOLL NOGUERA, R., «La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas: cuestiones procesales y sustantivas a raíz de la STSJ C. Valenciana de 20/12/2018 (Rec. núm. 3174/2018)», *Labos*, vol. 1, núm. 2, 2020, pp. 109-127.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ En este sentido, *vid.*, CARDONA RUBERT, M. B., «Las relaciones laborales y el uso de tecnologías informáticas», *Lan Herramanak*, 2003, pp. 157-173.

²⁶ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., «Edad máxima para acceder a un empleo y su posible carácter de condición laboral injusta», en VV. AA. (Dir.: MORALES ORTEGA, J. M.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 19-52.

El Tribunal de Luxemburgo ha realizado importantes precisiones respecto a la articulación y alcance de los motivos que justifican una diferencia de trato con base en la edad del trabajador, valorando en profundidad el sacrificio de derechos que la medida ocasiona en el colectivo perjudicado. No obstante, el Alto Tribunal no ha sido todo lo garantista que se esperaba respecto a la prohibición de discriminación por razón de edad, como sí ha ocurrido con otras causas y, tal vez por ello, insiste en su naturaleza de principio, y no de derecho, lo que, de algún modo, puede lastrar su eficacia. El TJUE ha realizado una interpretación muy amplia de las circunstancias que justifican este tipo de discriminación, sobre todo en lo que se refiere a política de empleo, mercado de trabajo y formación profesional, habida cuenta la alta capacidad de los Estados para establecer excepciones dirigidas a lograr los objetivos propuestos, debilitándose la eficacia de la prohibición. El objetivo del empleo se revela como la causa de justificación omnipotente que elimina, casi, cualquier suerte de discriminación, sin plantearse, en algunos asuntos, la razonabilidad o proporcionalidad de la medida, como se reflejó en el asunto *Age Concern England*²⁷. La resolución del caso incide especialmente en los aspectos forma-

²⁷ El asunto *Age Concern England* tiene su origen en un litigio iniciado por *The Incorporated Trustees for the National Council on Ageing* –institución benéfica del Reino Unido que pretende mejorar la calidad de vida de las personas de edad avanzada– contra el Ministro de Asuntos Económicos británico. Se discute, esencialmente, la legalidad de la norma de transposición de la Directiva 2000/78/CE al Derecho interno británico. En concreto, ciertos preceptos que, si bien no imponen la jubilación forzosa, permiten al empleador eludir la prohibición de discriminación por razón de edad al decidir la extinción contractual, sin derecho a indemnización, de aquellos trabajadores que alcancen la edad ordinaria de jubilación, 65 años. El citado organismo alegó la vulneración del artículo 6.1 de la Directiva antes citada y del principio de proporcionalidad. El Tribunal *a quo* suspendió el procedimiento para preguntar al TJUE, entre otras cuestiones prejudiciales, si el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE permite a los Estados miembros adoptar disposiciones que establezcan que una diferencia de trato por razones de edad no constituya discriminación si se demuestra que ello es proporcionado para lograr una finalidad legítima, o si el precepto exige que los Estados miembros especifiquen los tipos de diferencias de trato que pueden justificarse de este modo. Asimismo, pregunta si hay alguna diferencia significativa entre el criterio de justificación establecido en el artículo 2.2, de la Directiva 2000/78/CE, con respecto a la discriminación indirecta, y el criterio de justificación establecido en el artículo 6.1 con respecto a la discriminación directa por razones de edad de la precitada Directiva. La sentencia del TJUE resolvió que la normativa británica era compatible con la Directiva objeto de transposición. Así, el artículo 6 permite establecer diferencias de trato por razón de la edad cuando concurren razones justificadas, en particular, las motivadas por políticas de empleo, aunque existe la necesidad de acreditar de manera estricta la objetividad de las medidas cuestionadas. En este sentido, el Alto Tribunal dejó claro que el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE en modo alguno impone a los Estados miembros la obligación de incluir una lista específica de diferencias de trato que puedan quedar justificadas por una finalidad legítima y que la propia lista del artículo 6 tiene un valor exclusivamente indicativo. Las finalidades que pueden considerarse legítimas y que, por tanto, pueden justificar excepciones a la prohibición de discriminación por razón de edad son objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, de mercado de trabajo o de formación profesional. La legitimidad se fundamenta en el interés general que satisfacen y, en este sentido, no pueden considerarse objetivos legítimos la reducción de costes o la mejora de la competitividad del empresario. Esto no significa que valga cualquier justificación, por lo que el TJUE señaló en la resolución que «los Estados miembros no pueden establecer cláusulas de carácter ambiguo, como la aquí objeto de polémica, pues las meras

les o estructurales de la norma de transposición. Sin embargo, no se reflexiona sobre el aspecto clave relativo a las justificaciones específicas para que se legitime la diferencia de trato hacia los trabajadores que hayan alcanzado la edad de sesenta y cinco años, flexibilizándose la tutela antidiscriminatoria en el ámbito de la discriminación por razón de la edad²⁸. La sentencia tampoco entra en el juicio de proporcionalidad, pues guarda silencio respecto del hecho de que el ordenamiento inglés no garantiza a las personas exceptuadas de la protección frente a la discriminación por edad en la extinción de sus contratos de trabajo, el acceso a una pensión de jubilación²⁹. En opinión de Ballester Pastor³⁰, por medio de esta resolución el Tribunal de Luxemburgo valida todas las medidas discriminatorias por razón de la edad, aunque no se mencione expresamente la posible legitimación que pudieran tener.

En todo caso, del estudio de la jurisprudencia del TJUE en materia de discriminación en relación al establecimiento de límites de edad para el acceso al empleo, se deducen dos posibles supuestos³¹. El primero, cuando la edad constituye el requisito profesional esencial y determinante para el ejercicio de la prestación laboral. Y, el segundo, cuando la edad es el elemento sobre el que se asientan políticas de empleo y del mercado de trabajo. En cualquiera de ellos, la justificación del tratamiento diferenciado conforma una excepción a la norma y como tal debe ser interpretada restrictivamente.

Así, en el primer escenario que se plantea, si el límite de edad exigido viene determinado por una característica anudada a la misma, por ejemplo, una capacidad física superior, y esta característica es una condición esencial y

generalizaciones relativas a la idoneidad de una medida determinada para contribuir al fomento del empleo no bastan para deducir que el objetivo de la norma controvertida es ajeno a cualquier discriminación (...) ni para aportar elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho objetivo, de manera que se les va a requerir un nivel elevado de exigencia probatoria debiendo acreditar la legitimidad de las finalidades buscadas por la disposición, criterio o práctica que excepciona el principio de igualdad mediante demostraciones concluyentes». El TJUE, finalmente, subraya la competencia del órgano jurisdiccional interno en la comprobación de que concurre la motivación aludida, y recuerda que es necesario «que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre su legitimidad y sobre la idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo». Con todo, resulta particularmente llamativo que, en principio, el TJUE presumiera la legitimidad de las mismas.

²⁸ LOUSADA AROCHENA, J. F., «La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria...», *op. cit.*, pp. 133-143.

²⁹ CABEZA PEREIRO, J. «Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad...», *op. cit.*, pp. 239-257.

³⁰ BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios: la prohibición de discriminación en la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 50-90.

³¹ AGÍS DASILVA, M., «Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015, pp. 1-15.

determinante para el desempeño de la prestación de servicio de que se trate, la medida puede quedar amparada por el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo, cuando el requisito de la edad no es relevante para realizar la actividad del puesto de trabajo, la diferencia de trato resulta cuestionable³².

Asimismo, pero desde otra perspectiva, el artículo 6.1 de la precitada Directiva recoge la posibilidad de que los Estados miembros establezcan, en el marco del Derecho interno, límites de edad en el acceso al empleo con base en la necesidad de garantizar un período de actividad razonable con carácter previo a la jubilación o, incluso, cierta formación para el desarrollo del puesto en cuestión.

La jurisprudencia europea ha analizado con rigor la fijación de edades –mínima o máxima– como requisito de acceso a la función pública, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como a la Policía Local. En cualquiera caso, la justificación de la medida queda condicionada a la presencia, ineludible, de tres requisitos. En primer término, que la limitación de la edad este anudada a una finalidad legítima. Por lo general, el objetivo legítimo de este tipo de medidas suele ser garantizar la operatividad del cuerpo en cuestión o alcanzar el buen funcionamiento del servicio en el que se incorporarán los candidatos. No obstante, ¿puede considerarse una finalidad legítima el establecimiento de límites máximos de edad cuyo objeto sea garantizar una relación laboral más larga o para dotar a la plantilla de cierta estabilidad? En virtud del artículo 6.1.c) de la Directiva 2000/78/CE parece que sí. No obstante, ello solo procedería en casos muy excepcionales y siempre que se supere el test de proporcionalidad. En segundo lugar, es necesario que el límite máximo de edad establecido sea el medio adecuado para alcanzar la finalidad esgrimida. Es decir, el requisito esencial y determinante para el desarrollo de la prestación laboral de que se trate debe consistir precisamente en la posesión de ciertas aptitudes físicas relacionadas con la edad del candidato. En tercer lugar, la medida debe ser proporcionada, de modo que el límite de edad no ha de resultar excesivo desde varias perspectivas. Y aquí, es donde se van a presentar las mayores dificultades, ya que el análisis requiere de la valoración de todas las circunstancias relacionadas con la prestación laboral, como pueden ser, su vinculación con la edad del candidato o la previsible duración de la extensión del período de la prestación de servicios. Así mismo, es preciso descartar otras alternativas menos gravosas.

³² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La edad máxima como límite de acceso a la función pública...», *op cit.*, pp. 13-31.

En este sentido, veánse las resoluciones de los asuntos *Wolf*³³ y *Salaberría*³⁴, en las que el TJUE admitió medidas que establecían edades máximas

³³ En el asunto *Wolf*, el TJUE examinó la adecuación a la Directiva 2000/78/CE de una normativa alemana, que fijaba en los 30 años la edad máxima para la contratación de bomberos. Así, en el marco del proceso iniciado a instancias del Sr. *Wolf*, al que se le denegó su candidatura en la convocatoria de acceso al cuerpo de bomberos por superar el límite de edad, tan sólo por unos meses, el órgano judicial *a quo* preguntó al Alto Tribunal si la disposición nacional alemana constituía una medida justificada en el sentido del artículo 6, apdo. 1, de la precitada Directiva, o bien se oponía a la normativa comunitaria. Según el Gobierno alemán, la medida persigue, en primer lugar, garantizar la excelencia en el funcionamiento del cuerpo de bomberos, cuyos miembros participan en la extinción de incendios. Y, en segundo lugar, aspira a mantener una estructura de edades equilibrada que permita garantizar el buen funcionamiento del cuerpo, habida cuenta que a partir de los 50 años de edad no resulta factible realizar todas las funciones propias del puesto de trabajo. De hecho, al alcanzar esa edad, prácticamente ningún profesional continúa realizando esas funciones. Por todo ello, se estableció en 30 años el límite de edad para el acceso al cuerpo de bomberos, para que estos pudieran desarrollar funciones físicamente exigentes durante un suficiente período de tiempo. El Tribunal de Luxemburgo relacionó el objetivo de la medida cuestionada con la seguridad pública y aplicó, de oficio, el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, en lugar del artículo 6.1 que había sido el alegado por las partes. Entendió así que la normativa examinada establecía una diferencia de trato, en función de la edad, que podía quedar justificada por aquel. En virtud del aludido precepto, en efecto, los Estados miembros están autorizados a introducir excepciones al principio de igualdad de trato cuando una «característica» relacionada con el motivo en el que se basa la diferencia de trato, y no el motivo en sí mismo, constituya un requisito profesional, esencial y determinante, siempre que la finalidad perseguida sea legítima y la medida proporcionada. En este sentido, la característica vinculada a la edad establecida es la superior condición física, en general, de los menores de 31 años. Y, en este caso, la exigencia profesional, esencial y determinante, de poseer una capacidad física «excepcionalmente elevada» para el desarrollo de la profesión de bombero se encuentra anudada a la edad. De hecho, según datos aportados, una vez superados los 45 años son muy pocos los bomberos que tienen la capacidad física necesaria para la extinción de incendios. Por todo ello, el Tribunal *a quem* consideró que la medida que establecía la edad de 30 años como la edad máxima para acceder al cuerpo de bomberos era una medida adecuada para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. El hecho de establecer una estructura de edades equilibrada, que garantice el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales, goza de proporcionalidad y no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

³⁴ Asunto *Salaberría*, STJUE de 15 de noviembre de 2016, C-258/15, EU: C:2016:873. En el asunto *Salaberría*, al igual que en el caso *Wolf*, se impugnó la base de una convocatoria, que fijaba en 35 años el límite de edad para poder participar en el procedimiento selectivo de acceso a agente de la escala básica de la *Ertzaintza*. El recurso se fundamentó en que el límite de edad fijado por la convocatoria carecía de motivación, además de restringir el derecho a acceder a funciones y cargos públicos sin causa razonable y objetiva. Así, de nuevo, un tribunal español, el TSJ del País Vasco, planteó una cuestión prejudicial al TJUE sobre la compatibilidad de la medida con el artículo 2.2, el artículo 4.1 y el artículo 6.1.c) de la Directiva 2000/78/CE. La Administración española se opuso a la demanda y alegó que tal limitación era compatible con la normativa europea, ya que cumplía con la justificación objetiva razonable y con la proporcionalidad exigida. El Gobierno autonómico argumentó que «dentro de 10 años, 5.523 *ertzainas* sobre un total de 8.000 tendrán entre 50 y 65 años, lo que determina que en pocos años habrá un envejecimiento de la plantilla, lo que exige que se planifique un reemplazo progresivo y la incorporación de personal de nuevo ingreso». Asimismo, alegó «la necesidad de un rejuvenecimiento de la plantilla por necesidades del servicio que en muchas actuaciones necesita emplear la fuerza física, dado las funciones de seguridad y orden público que tiene encomendadas un agente de la policía autonómica». En el mismo sentido, ya en sus conclusiones, el Abogado General argumentó que, si la selección se realizara sin límite de edad de acceso, podría ocurrir que un número demasiado elevado de funcionarios no pudiera ser destinado a las tareas más duras desde el punto de vista físico. El TJUE manifestó en su resolución que la diferencia de trato venía determinada por una característica específica, vinculada a la edad, esto es, la capacidad física superior. Tal característica, en efecto, para este caso, es un requisito profesional esencial y determinante, imprescindible para la labor de policía integral que realiza un *ertzaina*. En este sentido, la falta de la capa-

para el acceso a ciertas profesiones, en este caso, el cuerpo de bomberos o de la ertzanzna, correlativamente. El TJUE consideró que la característica de la edad exigida, la capacidad física adecuada, era un requisito profesional, esencial y determinante, para alcanzar el objetivo de garantizar el buen funcionamiento y el carácter operativo del cuerpo en cuestión, lo que justificaba la medida. En efecto, aunque se reconoció la diferencia de trato, esta quedó legitimada por el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE. Se presupone, pues, que, a partir de esa edad, ya no se pueden realizar, eficazmente, las labores de la profesión. Sin duda, tal generalización constituye un prejuicio peyorativo anudado a la edad.

Sensu contrario, en el asunto Vital Pérez³⁵, que presenta una identidad de hechos con el asunto *Wolf*, determinados matices dieron lugar a un fallo opues-

cidad requerida podría «tener consecuencias importantes, no solo para los propios agentes de policía y para terceros, sino también para el mantenimiento del orden público». El Tribunal de Luxemburgo se adhirió a las alegaciones presentadas por la Administración autonómica y declaró la legitimidad del objetivo perseguido. Así, afirma la sentencia, existe la necesidad de fuerza y destreza física para el desempeño de las funciones operativas y ejecutivas, que no administrativas, que tienen encomendadas los agentes de la escala básica a lo largo de su vida profesional, por lo que se espera que «estén en condiciones de asumir las tareas físicas que caracterizan sus funciones hasta una posible especialización», lo que lo diferencia, en esencia, del asunto Vital Pérez en el que las tareas de policía de proximidad son totalmente diferentes. Por todo ello, el Alto Tribunal resolvió que la norma cuestionada era «adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía de que se trata, y (...) no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo». En efecto, no existe discriminación por razón de edad, prohibida por el artículo 2.1, en relación con el artículo 4.1, de la Directiva 2000/78/CE, cuando se establece un límite de edad para el acceso a «puestos de agente de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo». Al no apreciarse discriminación en la norma, el Tribunal de Justicia ya no entró a valorar sobre la existencia, o no, de justificación, de acuerdo con los criterios del artículo 6.1 de la precitada Directiva.

³⁵ Asunto Vital Pérez, STJUE de 13 de noviembre de 2014, C-416/13, EU: C:2014:2371. El litigio presenta con el asunto *Wolf* una práctica identidad de hechos, que hubiera permitido al Tribunal rechazar el conocimiento de la cuestión prejudicial. Sin embargo, determinados matices de la supuesta discriminación dieron lugar al cambio referido. En el marco de un litigio entre un particular y una Administración Pública española, se plantea al TJUE una cuestión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del principio de no discriminación por razón de edad. El asunto trae causa del recurso interpuesto por el Sr. Vital Pérez contra el Ayuntamiento de Oviedo, con base en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se aprueban las bases específicas para la convocatoria de pruebas selectivas para la provisión de 15 plazas de agentes de Policía Local, solicitando la anulación de la base 3.2 de la convocatoria, en virtud de la cual los candidatos no podían superar la edad de 30 años. El Sr. Vital Pérez estimó que este requisito vulneraba su derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la función pública, derecho amparado por el artículo 14 CE y por la Directiva 2000/78/CE. Asimismo, sostiene que el requisito de la edad no está justificado ya que las condiciones físicas de los candidatos quedan garantizadas por las pruebas físicas que exige la convocatoria. Al juez *a quo* la controversia le suscitó dudas, puesto que entendió que el razonamiento utilizado anteriormente por el TJUE en el similar asunto *Wolf* no podía aplicarse a este caso. La condición física que se requiere para acceder al cuerpo de Policía Local, en efecto, no es equiparable a la condición física superior que se necesita para ejercer la profesión de bombero. Asimismo, según señaló el magistrado, en España no existe una uniformidad de criterio en relación a la fijación de una edad límite. Así, es factible encontrar, entre las normativas de las distintas autonomías, el establecimiento de edades diferentes para el acceso a los múltiples cuerpos de policía. Incluso en algunos casos, no se requiere límite de edad máxima. Por todo ello, el órgano judicial suspendió el procedimiento para

to, ya que el TJUE modificó el argumento mantenido en el precedente asunto *Wolf*. La medida, en este caso, no encontró amparo en el artículo 4.1 de la Directiva, y se consideró desproporcionada para alcanzar el objetivo, por otra parte, legítimo. Asimismo, tampoco encontró justificación en el artículo 6.1 de la precitada Directiva, al no superar el control de proporcionalidad, habida cuenta los objetivos alegados por el gobierno español. El TJUE señaló que los Estados pueden determinar las medidas que permitan alcanzar los objetivos perseguidos, ya que el artículo 6.1 no contiene una lista cerrada. No obstante,

interponer una cuestión prejudicial y preguntar al TJUE si el establecimiento de una edad máxima para acceder al cuerpo de Policía Local se ajustaba a la Directiva 2000/78/CE y a la CDFUE. La resolución del asunto *Vital Pérez* en algunos puntos es similar al asunto *Wolf*, mientras que en otros difiere. Siguiendo la línea iniciada en este asunto, el TJUE reconoció que, a los efectos de aplicar el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE —que permite eludir el carácter discriminatorio de una diferencia de trato basada en una característica relacionada con la edad, entre otros motivos—, el objetivo de garantizar el buen funcionamiento y el carácter operativo del cuerpo de policía es una finalidad legítima que justifica la imposición del requisito de edad. Dicho de otra forma, el candidato debe poseer, como requisito profesional y determinante, unas características físicas determinadas que, en general, están anudadas a la edad de 30 años, edad máxima de los aspirantes. Ello asegura, asimismo, que las tareas más pesadas se realicen por los nuevos policías durante un período de tiempo suficientemente prolongado. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, en el asunto *Wolf* se superó el test de proporcionalidad puesto que se consideró que «la capacidad física especialmente alta» era un requisito esencial y determinante para el ejercicio de la profesión de bombero. Sin embargo, en este caso, el test de proporcionalidad que realizó el Alto Tribunal fue mucho más estricto y señaló que aquella capacidad física especialmente elevada no era un requisito profesional esencial y determinante dada la actividad que debe realizar un policía local. Entendió el Tribunal que, para el desarrollo de la profesión de policía local de proximidad, la capacidad física puede medirse, perfectamente, en las pruebas físicas que establece la convocatoria. Por ello, la medida cuestionada, que fijaba un límite de edad de treinta años para el acceso al cuerpo de policía local, no encontró amparo en el artículo 4.1 de la Directiva, al considerarse desproporcionada para alcanzar el objetivo de garantizar el buen funcionamiento y el carácter operativo del cuerpo de policía. Por otro lado, la norma examinada tampoco pudo quedar amparada en el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, que permite a los Estados establecer diferencias de trato por razón de edad siempre que estén justificadas objetivamente por finalidades legítimas y los medios para conseguir los objetivos sean proporcionados —apropiados y necesarios—. El Tribunal de Luxemburgo ciertamente consideró que la fijación de un tope de edad para garantizar los requisitos de formación profesional para el puesto, y para que antes de la jubilación o del pase a la realización de tareas menores, se tenga un tiempo de actividad razonable, era legítimo desde una perspectiva de política de social. Sin embargo, la medida no superó el filtro previsto por el artículo 6.1, esto es, el control de proporcionalidad. El Alto Tribunal señala que el amplio margen de apreciación que tienen los Estados para determinar las medidas que permitan alcanzar los objetivos perseguidos no puede vaciar de contenido el principio de discriminación por razón de la edad. Y considera que ninguno de los elementos remitidos permite concluir que el límite de edad establecido fuese apropiado y necesario, habida cuenta los objetivos alegados por el gobierno español. En este sentido, el TJUE distingue, a efectos de aplicación del artículo 6.1, entre objetivos de política social de interés general —como puede ser la calidad de un servicio público— de otros objetivos, también de interés general, pero puramente economicistas, ya sean públicos o privados, como la reducción del gasto público, circunstancia esta que, entre otras, aducía el gobierno español para sostener la desigualdad. A diferencia del asunto *Wolf*, la norma autonómica española fue declarada contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación. Al no gozar de proporcionalidad, no pudo acogerse a la justificación que permiten los artículos 4 y 6 de la precitada Directiva, por lo que el Tribunal la declaró incompatible con el Derecho de la Unión. El Tribunal, además, fue más allá al señalar que la disparidad de soluciones adoptadas a nivel nacional —con múltiples normativas autonómicas—, en consonancia con lo dicho por el juez nacional, conforma una incoherencia normativa del Estado español.

estas no pueden vaciar de contenido el principio de no discriminación por razón de la edad. En efecto, el TJUE distingue entre objetivos de política social de interés general –como puede ser la calidad de un servicio público–, de otros objetivos, también de interés general, pero puramente economicistas, como la reducción del gasto público, circunstancia esta que, entre otras, aducía el gobierno español para sostener la desigualdad.

El segundo escenario planteado es aquel en que la edad se erige en elemento configurador de la política de empleo, aun cuando el ordenamiento laboral establece el derecho a la igualdad en los procesos selectivos. Así, en muchas ocasiones, el tratamiento diferenciado deriva de una medida de fomento del empleo en favor de un grupo social determinado, lo que justifica la exclusión de otro colectivo. En este sentido, además de la ponderación de los derechos subjetivos concurrentes, intervienen otros elementos, como son las acciones positivas en favor de un colectivo de trabajadores concretos –los jóvenes–. Tales medidas de políticas de empleo hallan amparo en el ET, en los artículos 17.2 y 17.3, pero, sin embargo, perjudican las expectativas de otro grupo de trabajadores, en este caso, los trabajadores maduros, justificando su exclusión. Se genera, por tanto, una situación paradójica, al revelarse cierta competitividad entre dos grupos sociales desfavorecidos, con intereses contradictorios, en función de los beneficios de fomento al empleo que se oferten³⁶.

A este respecto, la doctrina se divide en dos corrientes. Una parte defiende que no es legítimo favorecer a los jóvenes a costa de expulsar del mercado de trabajo a los trabajadores de edad avanzada. Las medidas de acción positiva no pueden así sostenerse en el reparto de empleo ya que son un «frontal ataque a la efectiva consecución de la prohibición de discriminación en el empleo»³⁷. *Sensu contrario*, la otra corriente sostiene que es factible el establecimiento de este tipo de acciones mientras se pueda comprobar que ser mayor o joven incide desfavorablemente para ser contratado. Así, la medida será válida, si es necesaria, adecuada y proporcionada³⁸. Con todo, el establecimiento de una edad que diferencie colectivos sociales para compararlos puede resultar cuestionable³⁹. Y debe repararse, además, en la dificultad que entraña definir el

³⁶ FITA ORTEGA, F., «Políticas de empleo y edad» en VV. AA. (Coords: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur menor, 2019, p. 228.

³⁷ SERRANO ARGÜELLO, N., «La edad como factor de discriminación en el empleo», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 12, 2011, pp. 39-41.

³⁸ FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 50.

³⁹ MOLL NOGUERA, R., «La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas...», *op. cit.*, pp. 118 ss.

colectivo que resulta potencialmente discriminado, ya que la discriminación no se dirige contra las personas, al ser la edad una realidad relativa, sino contra una característica dinámica de ellas⁴⁰. En todo caso, cuando se establece una medida de acción positiva, el empleador debe poder demostrar la vulnerabilidad del colectivo al que va dirigida, pero ha de exigir a los candidatos las cualidades profesionales para desarrollar la prestación de servicios satisfactoriamente. En caso contrario, se podría entender que se ha discriminado a candidatos que podían acceder al puesto por cumplir con los requisitos profesionales, pero que, sin embargo, no pertenecen al colectivo excluido de la oferta de trabajo⁴¹.

Así, el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado sobre medidas que de manera indirecta restringen el empleo de los trabajadores maduros. En el asunto *Georgiev*⁴², se cuestionó una medida búlgara que, además de imponer la jubilación forzosa de los catedráticos de universidad a los 68 años, establecía que, a partir de los 65 años, para continuar con su actividad profesional, los contratos de estos trabajadores debían ser de duración determinada de un año. El TJUE entendió que la medida no era discriminatoria porque constituía un objetivo legítimo vinculado a la política de empleo o mercado de trabajo. Así, la celebración de contratos de duración determinada a partir de los 65 años –prorrogables dos veces como máximo– responde a una política de empleo que persigue favorecer la promoción de docentes más jóvenes a plazas de catedrático. La celebración de contratos anuales fomenta la marcha de los trabajadores mayores y permite que puedan acceder a las plazas profesores más jóvenes. Asimismo, dado que el factor determinante para la realización de estos contratos es el hecho de que el catedrático sea pensionable, este puede elegir entre jubilarse o seguir trabajando más allá de los 65 años.

En otros casos, el Alto Tribunal se ha pronunciado acerca normas que fomentan la contratación de trabajadores maduros a costa de contratos atípicos, con la consiguiente precarización de las condiciones laborales. Conforme a la Directiva 2000/78/CE, la edad puede constituir un requisito profesional esencial y determinante que justifique la diferencia de trato o bien puede configurarse como el elemento básico de determinadas políticas de empleo. Valga de ejemplo, el asunto *Mangold*⁴³, que resolvió la primera cuestión prejudicial planteada al TJUE referida a la discriminación por razón de edad y cuyo. alcan-

⁴⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., «La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?», *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, p. 11.

⁴¹ FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva...*, op. cit., p. 51.

⁴² Asunto *Georgiev*, STJUE de 18 de noviembre de 2010, C-250/09 y C-268/09, EU: C:2010:699.

⁴³ Asunto *Mangold*, STJUE de 22 de noviembre de 2005, C-144/04.

ce doctrinal ha ido más allá de la discriminación por razón de edad⁴⁴. Este asunto examinó una norma alemana que posibilitaba la realización de contratos de duración determinada a trabajadores de más de 52 años, sin exigir razones objetivas que, conforme al principio de causalidad que rige este tipo de contratos, sustenten dicha concertación. La finalidad de la medida controvertida era facilitar la inserción laboral de los trabajadores maduros. El Alto Tribunal consideró, en efecto, que el objetivo de política de empleo señalado por el Gobierno alemán era legítimo y la diferencia de trato estaba justificada, objetiva y razonablemente. No obstante, el medio empleado –la fijación incondicionada de una edad– no era el adecuado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido, por lo que la medida fue declarada contraria a la Directiva 2000/78/CE. En efecto, el caso no superó el juicio de idoneidad, ya que excedía de lo apropiado y necesario, al poner en riesgo la estabilidad en el empleo del trabajador durante un período muy amplio de su carrera profesional.

La sentencia *Mangold* es de singular relevancia porque en ella el TJUE identifica la prohibición de discriminación por razón de edad como un principio general del Derecho de la UE, al erigirse en una manifestación específica del principio de igualdad de trato, de aplicabilidad general. Esta resolución sentó la doctrina de la aplicabilidad directa del principio de discriminación por razón de edad, reiterada en el asunto *Kücükdeveci* y confirmada y matizada en el asunto *Dansk Industri*.

El establecimiento de límites de edad para la contratación es una medida recurrente a efectos de acceso al empleo y, en particular a efectos de ingreso en la función pública. Así, el acceso al empleo público, generalmente, exige una edad mínima de 18 años y, en ocasiones, se estipulan ciertos límites máximos. Es el caso del asunto *Lutz Herrera*⁴⁵, en el que se dirimió, por primera vez en el seno de la UE, una controversia sobre si el trato desigual peyorativo que establecía una norma de acceso a la Función Pública europea era compatible con la Directiva 2000/78/CE, al permitir esta, en determinados supuestos, tratamientos desiguales por razón de edad. En este caso, la norma discutida legitimaba el establecimiento de una edad máxima para la contratación y, en ese sentido, puede considerarse como el antecedente más próximo del asunto *Mangold*. Esta primera sentencia del TPIUE resultó, cuando menos, inquietante. El asunto era un caso claro de discriminación directa que, hasta entonces, no había admitido justificación objetiva y razonable, por lo menos en lo que a

⁴⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, p. 7.

⁴⁵ Asunto *Lutz Herrera*, STPIUE, de 28 de octubre de 2004, T-219/02 y T-337/02, EU: T:2004:318.

la discriminación por razón de sexo se refiere. El Tribunal realizó una interpretación extensiva de los criterios justificativos de la desigualdad retributiva, lo que dio lugar a que se viese mermado, ostensiblemente, el ámbito de la tutela antidiscriminatoria, resultando el principio de no discriminación prácticamente inoperante⁴⁶.

Un caso similar, pero más reciente, es el asunto *GN*⁴⁷, en el que la demandante en el litigio principal, tal y como establecía la convocatoria, fue excluida de la oposición de acceso al notariado por tener cumplidos 50 años en la fecha de realización de las pruebas de acceso. Aunque *a priori* los objetivos

⁴⁶ En este sentido, *vid.* BALLESTER PASTOR, M. A., «Del principio a los principios: La prohibición de discriminación laboral en la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 50-90.

⁴⁷ Asunto *GN*, STJUE de 3 de junio de 2021, C-914/19, EU: C:2021:430. El asunto *GN* resuelve la petición de decisión prejudicial planteada al TJUE por el Consejo de Estado italiano. La demandante fue excluida de la oposición para acceder al notariado por tener cumplidos 50 años en la fecha de realización de las pruebas de acceso, tal y como establecía el Decreto de la convocatoria, por otro lado, ajustado a la norma nacional vigente. La Sra. *GN* impugnó el citado Decreto por discriminatorio ante el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo, el cual adoptó una medida cautelar que le permitió realizar la oposición, superando esta todas las pruebas. La norma cuestionada, comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, establece una diferencia de trato por razón de la edad, ya que las personas mayores de 50 años van a ser tratadas de forma menos favorable que las personas que no han cumplido esa edad. Según el Gobierno italiano, el límite de edad establecido por la norma nacional cuestionada persigue tres objetivos: en primer término, garantizar la estabilidad del ejercicio de la profesión de notario durante un período de tiempo significativo previo a la jubilación a fin de preservar la viabilidad del sistema de Seguridad Social; en segundo lugar, proteger el buen funcionamiento de las funciones notariales, que se caracterizan por un alto grado de profesionalidad; y, finalmente, facilitar la renovación generacional y el rejuvenecimiento de dicha profesión. En relación al primer objetivo, el artículo 6, apdo. 1 de la Directiva 2000/78/CE permite establecer una edad máxima para la contratación, basada en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. Los notarios italianos pueden ejercer su profesión, si así lo desean, hasta la edad de 75 años. Y para tener derecho a la prestación de jubilación se les exige un período de carencia de, al menos, veinte años. En este sentido, el límite de edad de 50 años, establecido sin tener en cuenta ese período mínimo de actividad para poder acceder a la pensión, va más allá de lo necesario para garantizar la viabilidad del sistema de Seguridad Social. Por lo que se refiere al segundo de los objetivos, la letra c, del apdo. 1, del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE permite establecer un límite de edad para la contratación en función de la formación exigida para el puesto. Para acceder a la profesión de notario, es necesario ser graduado en Derecho y acreditar 18 meses de práctica notarial, además de superar las pruebas de acceso. Así, una vez aprobada la oposición, los candidatos deben realizar y superar un período de prácticas de 6 meses, considerándose en ese momento y hasta los 75 años aptos para el ejercicio de la profesión, por lo que el límite de edad de 50 años no responde a la finalidad establecida. Por último, en cuanto al objetivo consistente en establecer una estructura de edades equilibradas con el fin de favorecer el empleo y la promoción de los más jóvenes —que ciertamente puede constituir un objetivo legítimo de política de empleo—, debe señalarse que, en el caso analizado, de las quinientas plazas convocadas, solo superaron las pruebas de acceso cuatrocientos diecinueve candidatos, quedando desierto un número importante de plazas. Esto es, hubo jóvenes candidatos que no accedieron, y se privó a otros candidatos de más de 50 años de la posibilidad de demostrar sus competencias. Por lo que el límite de edad no parece adecuado para favorecer el acceso de los jóvenes juristas a la profesión. Por todo ello, aunque *a priori* los objetivos esgrimidos por el Gobierno italiano puedan considerarse legítimos y puedan justificar la diferencia de trato, en el sentido del artículo 6, apdo. 1 de la Directiva 2000/78/CE, la norma controvertida, que establece un límite de edad de 50 años para poder opositar a la profesión de notario, no se estima adecuada porque excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos, resultando así contraria a lo señalado por el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE.

esgrimidos, en este caso por el Gobierno italiano, pudieron considerarse legítimos, la medida controvertida se excedía de lo necesario para alcanzar dichos objetivos y, por tanto, contraria a la Directiva 2000/78/CE. En la misma dirección, pero con un fallo opuesto, en el asunto *CO*⁴⁸ se cuestionó la cláusula de una convocatoria, relativa a una misión de estudio y de asesoramiento en una empresa de reciclaje, que excluía a las personas jubiladas. La norma perseguía facilitar el rejuvenecimiento del personal de las Administraciones Públicas, favoreciendo el acceso de personas más jóvenes a la función pública. A juicio del TJUE, el objetivo, en este caso, no va más allá de lo necesario, pues parece razonable denegar la contratación de personas jubiladas, que han finalizado su vida profesional y perciben una pensión de jubilación, con el objeto de promover el pleno empleo de la población. El Tribunal concluyó así que la Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa nacional como la controvertida. En efecto, los fines de política de empleo y de mercado de trabajo que se persiguen son legítimos y los medios para alcanzarlos son adecuados y necesarios, al no menoscabarse, en exceso, las pretensiones legítimas de los jubilados, tarea que, por otro lado, corresponde examinar al órgano jurisdiccional nacional.

2. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL TRABAJADOR MADURO

Determinados aspectos de la relación laboral, en concreto, algunas condiciones de trabajo, pueden verse afectados por la edad del trabajador. En los

⁴⁸ Asunto *CO*, STJUE de 2 de abril de 2020, C-670/18, EU: C:2020:272. El demandante en el litigio principal no fue autorizado a participar en el proceso por estar jubilado, razón por la cual interpuso un recurso contra la convocatoria, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula por discriminatoria. En su demanda alegó que el apdo. 9, del artículo 5, del Decreto-ley 95/2012, que prohíbe a las Administraciones Públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a los jubilados del sector público y privado, debería de suprimirse ya que produce una discriminación por razón de la edad prohibida por la Directiva 2000/78/CE y por el artículo 21 de la CDFUE. La normativa nacional controvertida impone así a los trabajadores jubilados un trato menos favorable que el que se reserva al conjunto de las personas que continúan ejerciendo una actividad profesional, por lo que se produce una discriminación por causa de la edad, en el sentido del artículo 1 en relación con el artículo 2, apdo. 2, letra b), de la precitada Directiva. El Alto Tribunal tuvo que determinar si la norma controvertida, que establece una edad máxima para la contratación, puede justificarse de acuerdo a lo establecido por el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE. Precepto que, como ya se ha dicho, permite que una medida que establezca una diferencia de trato basada en la edad no constituya una discriminación cuando esté objetiva y razonablemente justificada por un fin legítimo, en este caso de política de empleo y mercado de trabajo, y los medios para alcanzarlo sean los adecuados y necesarios. Así, el legislador italiano, en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación de la que dispone en materia de política social y de empleo, pretendió alcanzar un equilibrio entre la voluntad de favorecer el acceso de los trabajadores jóvenes al empleo y el respeto del derecho de las personas de más edad a trabajar.

siguientes epígrafes, se proponen algunas soluciones para sortear las dificultades que puedan presentarse en torno a la jornada laboral, el salario, los derechos de permanencia y/o preferencia y, finalmente, la prevención de riesgos laborales. Desde una perspectiva metodológica, el convenio colectivo, por su flexibilidad, conforma el instrumento adecuado para instaurar este tipo de medidas. Con todo, salvo para establecer edades de jubilación, forzosa o anticipada, y algunas otras excepciones puntuales, la edad del trabajador suele resultar invisible produciéndose la denominada *Age blindness*. Se puede afirmar que la edad es la asignatura pendiente en el marco de la negociación colectiva.

2.1 Ordenación del tiempo de trabajo

La organización del tiempo de trabajo –de manera singular, la distribución y duración de la jornada– es una de las condiciones laborales con mayor incidencia en la calidad de vida del trabajador maduro, así como en su salud y seguridad laboral.

Aunque la edad, por sí misma, no es un elemento incapacitante que afecte al trabajador en el desempeño de su jornada de trabajo, la OIT, en la Recomendación núm. 162, de 1980, sobre los trabajadores de edad, propone a los Estados que adopten las medidas necesarias para que la organización de la jornada laboral pueda modificarse, señaladamente, cuando el horario o ritmo de trabajo resulten excesivos para los trabajadores maduros incidiendo de forma negativa en su salud. Entre las medidas recomendadas, incluye, en su apdo. 14, la flexibilización del tiempo de trabajo, la adscripción a horario normal diurno –en caso de trabajo a turnos–, la reducción progresiva de la jornada, o, incluso, el incremento de las vacaciones anuales retribuidas en función de la antigüedad o la edad. Este encargo, hasta la fecha, no ha sido recogido por el legislador nacional, ni tampoco, con carácter general, por los interlocutores sociales, al ser cuestiones de extraordinaria complejidad y de difícil instauración.

Ni el Estatuto, ni el RD 1567/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, contemplan regulación especial alguna para los trabajadores de edad madura a diferencia de lo que ocurre para los trabajadores menores de 18 años. No obstante, para casos determinados, existe un resquicio legal que podría obligar al empresario a realizar una posible modificación de la jornada. El artículo 25 LPRL ordena, en efecto, la protección de los trabajadores «especialmente sensibles» en función de sus características personales, entre los que se podrían encontrar determinados trabajadores de edad madura.

Esta exigencia podría traducirse, tal vez, en una posible adaptación de la jornada laboral⁴⁹.

El establecimiento de una jornada de trabajo flexible, en la que el trabajador pueda decidir su horario y tiempo de trabajo efectivo, conforma una propuesta que, sin duda, favorecería el rendimiento del trabajador maduro y la conciliación de la vida personal y la actividad laboral. Así, se podría contabilizar el tiempo de trabajo de forma semanal o mensual, de tal modo que el trabajador pueda decidir la duración diaria de su jornada de trabajo en función de su capacidad física o psíquica. Se trataría de implantar una jornada de trabajo irregular con la singularidad de que, en lugar del empresario, sería el propio trabajador el que decida la irregularidad, con ciertas limitaciones. En todo caso, de ser necesario, se deberían respetar determinadas horas de presencia obligatoria y simultánea de todos los trabajadores en el centro de trabajo⁵⁰, siendo la naturaleza de la prestación de servicios el elemento determinante de la implantación de este tipo de jornada, ya que no en todos los supuestos las características de la actividad a desarrollar permitirán realizar una jornada de trabajo con horario flexible⁵¹.

El instrumento adecuado para instaurar una jornada flexible debería ser el convenio colectivo. Pues, si bien cabe un pacto contractual, si el convenio no dispone nada al respecto, ni existe un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, será aquel, en el ejercicio de su poder de dirección, el que determine el horario de trabajo y, por consiguiente, si hay flexibilidad horaria o no, pudiendo distribuir irregularmente a lo largo del año el diez por cien de la jornada de trabajo, conforme a los establecido en el artículo 34.2 ET⁵². Con todo, una modificación horaria, así como de la jornada de trabajo, podría conformar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, por lo tanto, estaría sometida al procedimiento del artículo 41 ET.

⁴⁹ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «La jornada y su adaptabilidad a los requerimientos y necesidades de los trabajadores maduros: entre la decepción y la desesperanza», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 163-190.

⁵⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...*, op. cit., p. 107 ss.

⁵¹ «En el Reino Unido, British Telecom (BT) ha instaurado varias políticas para ayudar a sus empleados de edad, aplicando modalidades de horarios flexibles, alentando a los trabajadores de todas las edades a mejorar su bienestar físico y mental, e introduciendo un instrumento de proyección profesional que ayuda al empleado a planificar su carrera en cada etapa de la vida profesional. Los estudios realizados por la propia empresa muestran que los empleados que aprovechan el horario flexible (14.000 trabajan desde casa) han aumentado su productividad en una media que ronda el 20 por ciento, y que son un 7 por ciento más felices. Los trabajadores mayores de 50 años representan el 5 por ciento del personal contratado recientemente por BP». *Human Resources Management International Digest*, vol. 17. núm. 2, 2009.

⁵² SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...*, op. cit., pp. 107 ss.

Es cierto que el ordenamiento prevé ya algunas medidas que permiten reducir la jornada de los trabajadores maduros. Así, aquellos trabajadores que han cumplido determinada edad⁵³, próxima a la jubilación, que realicen una jornada a tiempo completo, pueden acogerse a la jubilación parcial anticipada⁵⁴. Si tienen al menos 33 años cotizados y 6 años de antigüedad en la empresa, pueden reducir su jornada entre un 25 y 50% –75% excepcionalmente– celebrándose simultáneamente un contrato de relevo con una persona desempleada o que tenga un contrato de duración determinada con la empresa, para cubrir la jornada que deja libre el jubilado parcial. En este caso, su salario se ve minorado en proporción a las horas reducidas, pero percibe una pensión de jubilación, en un porcentaje reducido, por la jornada que deja vacante. Además, en este caso, el artículo 212.2.g) LGSS prevé la cotización por la base que, en su caso, habría correspondido si el trabajador hubiese seguido trabajando a jornada completa⁵⁵.

Otra alternativa que permite reducir la jornada laboral del trabajador de más edad es la transformación del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, por medio de una novación contractual. No obstante, en ese caso, no solo las percepciones salariales se verían minoradas proporcionalmente a la reducción de horario, sino que también se reduciría su aportación a la Seguridad Social, al aplicarse una base de cotización menor, en un momento muy cercano a la jubilación, lo que implica también una minoración en la futura pensión de jubilación. Por ello, algunos autores proponen «articular un sistema especial de cotización que, pese a la reducción de la retribución del trabajador, permitiera a este mantener la misma base de cotización, aunque fuera a su cargo la diferencia entre la base de cotización reducida por el trabajo a tiempo parcial y la base de cotización efectiva, equivalente a la de su retribución a tiempo completo»⁵⁶, preservando, de esta forma, la carrera de seguro del trabajador cercano a la jubilación. En esta línea de actuaciones

⁵³ La edad mínima, sin aplicación de las reducciones de edad de jubilación, se incrementará paulatinamente hasta 2027, fecha en la que se exigirán, con carácter general, 65 años con 33 años de cotizados, y 63 con 36 años y seis meses cotizados. Entre tanto, el incremento se aplicará de forma gradual y en función de los períodos cotizados. En 2022, 63 años y 4 meses con 33 años cotizados y 62 años y 2 meses con 35 años y 6 meses cotizados. En todo caso, los trabajadores afectados por la DT 4.ª LGSS podrán acceder a la jubilación parcial anticipada a los 61 años.

⁵⁴ *Infra, vid.* Capítulo V, epígrafe 3.3.

⁵⁵ El artículo 166 LGSS de 1994 fue modificado en este sentido por la Ley 27/2011 y el RD-Ley 5/2013, aplicándose las normas transitorias previstas en la DT 22.ª del mismo texto, que ha pasado a la DT 10.ª del texto vigente de la LGSS. Por lo demás, la actual DT 4.ª LGSS prevé la aplicación del régimen anterior a la Ley 27/2011 a las pensiones de jubilación parcial causadas antes del 1 de enero de 2023 cuando se cumplen determinados requisitos.

⁵⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...*, *op. cit.*, p. 110.

relacionadas con las condiciones de trabajo de los trabajadores maduros, en la «Estrategia 55 y más» se propuso realizar un estudio sobre la viabilidad jurídica, económica y social, para el establecimiento de un eventual derecho de reducción de la jornada y, proporcionalmente, del salario, al margen de la jubilación parcial del artículo 215 LGSS⁵⁷. No obstante, esa propuesta nunca se llevó a cabo.

Otra cuestión que se debe abordar es la prolongación de la jornada laboral del trabajador maduro, incluso más allá de la jornada ordinaria de trabajo, *ex* artículo 35.1 ET, cuando este tiene que realizar horas extraordinarias –considerándose como tales, las horas de trabajo que se realizan sobre la duración máxima de la jornada ordinaria fijada de acuerdo con el artículo 34 ET–. La prestación de trabajo en horas extraordinarias es voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en el convenio colectivo de aplicación o en el contrato individual de trabajo dentro de los límites previstos en el artículo 35 ET, que contempla también el exceso de horas trabajadas, para prevenir o reparar suministros y otros daños extraordinarios y urgentes, es decir, aquellas derivadas de fuerza mayor.

En cualquier caso, el legislador ha establecido un límite máximo objetivo de horas extraordinarias que un trabajador puede realizar a lo largo del año, en concreto, ochenta horas. No obstante, *ex* artículo 35.2 ET, no se computarán dentro de este límite las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización ni las derivadas de fuerza mayor. El ET también ha previsto ciertos límites subjetivos que condicionan la realización de horas extra o, incluso, las

⁵⁷ Vid. la Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más, BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2011). «Según la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo se observa una gran rigidez en los horarios del colectivo de trabajadores y trabajadoras de entre 55 y 64 años. Esto, unido al hecho de que la influencia del trabajo en la salud se acentúa en los trabajadores y las trabajadoras de más de 55 años, obliga a considerar que una mayor flexibilidad en la organización del trabajo permitiría a este colectivo retirarse progresivamente de la población activa reduciendo su jornada laboral y evitando que tengan que cesar completamente en su actividad. Hasta la fecha, la jubilación parcial es la única opción que la legislación laboral contempla para que los trabajadores y las trabajadoras con menos de 65 años flexibilicen su jornada laboral y vayan abandonando de forma gradual y progresiva el mercado de trabajo. Esta fórmula presenta una serie de rigideces, así como una cierta dificultad jurídica para su realización, ya que, entre otros, se requiere la formalización de un contrato de relevo. En base a todo lo anterior, y con la finalidad de dar una respuesta, más amplia, a la diversidad de situaciones que se producen en el mercado de trabajo, parece pertinente estudiar la viabilidad jurídica, económica y social de establecer en la legislación laboral un derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional del salario, de los trabajadores y las trabajadoras mayores a partir de una determinada edad. Ese estudio se acompañará también del análisis de las medidas de protección social que, en su caso, podrían acompañarla».

prohíbe. Así, no pueden, bajo ningún concepto, realizar horas extraordinarias los trabajadores menores de edad⁵⁸, ni los trabajadores nocturnos⁵⁹ –salvo algunas excepciones en caso de trabajos especiales⁶⁰– ni los trabajadores discapacitados que presten servicios en centros especiales de empleo⁶¹, ni tampoco los trabajadores a tiempo parcial, que tan solo pueden realizar las derivadas de fuerza mayor⁶².

Con el objeto de preservar la salud de los trabajadores de edad avanzada, –y puesto que, además, no se computan como horas extraordinarias aquellas que han sido compensadas mediante descanso, dentro de los cuatro meses siguientes a su realización– cabría aumentar la lista de excepciones subjetivas, incluyendo algún tipo de límite relativo a estos trabajadores, ya que, en determinadas circunstancias, bien por sus características personales, o bien por sus condiciones profesionales, la realización de una jornada de trabajo más larga de lo habitual podría suponer un riesgo.

Así, se podría valorar la posibilidad de que estos trabajadores puedan abstenerse de realizar horas extraordinarias, incluidas las que no se computan como tal, o, en todo caso, limitarlas a un número inferior al umbral señalado para el resto de trabajadores. De igual modo, *ex* artículo 35.3 ET, el exceso de las horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, podría preverse que se compensaran, exclusivamente, con tiempo de descanso, incluso, en ambos casos, superior a la duración de las horas extraordinarias realizadas⁶³.

Por último, sin pretender profundizar en temas de conciliación, hay que hacer una breve referencia a la maternidad postergada, ya que un alto número de trabajadoras son madres a edades cercanas a los cuarenta y cinco años. Estas trabajadoras maduras y sus parejas tienen que hacer frente al cuidado de hijos muy pequeños, por lo que también deben de ser objeto de atención principal en lo que a flexibilización de jornada se refiere, estableciendo una preferencia de adaptación de su tiempo de trabajo⁶⁴.

⁵⁸ Artículo 6.3 ET.

⁵⁹ Artículo 36.1 ET.

⁶⁰ Artículo 32 RD 1561/1995.

⁶¹ Artículo 13.a) RD 1368/1985.

⁶² Artículo 12.4.c) ET.

⁶³ SEMPERE NAVARRO, A. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...*, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁴ LOZANO ANTÓN, R. A., «Permanencia, preferencia y otros derechos a favor de los trabajadores maduros en la relación laboral», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017, p. 207.

Una necesidad similar se aprecia respecto de trabajadoras maduras, ya que generalmente son mujeres, que deben encargarse del cuidado directo de familiares mayores que no pueden valerse por sí mismos. El derecho a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de jornada, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de la prestación, incluido el trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación, se reconoce con carácter general a todas las personas trabajadoras en el artículo 34.8 ET –y, en particular, a los progenitores, hasta que los hijos cumplen 12 años–. En estos supuestos se podría regular el derecho de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiar, de forma similar al contemplado *ex* artículo 37.5 ET, aunque tal reducción comporta la disminución proporcional del salario.

En cualquier caso, es necesario destacar que toda regulación en la materia debe procurar evitar una profundización en los roles de género, con el consiguiente impacto en el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

2.2 Retribución

Respetando siempre la cuantía del salario mínimo interprofesional, en proporción a la jornada realizada, las condiciones retributivas del trabajador vienen determinadas por el convenio de aplicación y, en su caso, por lo acordado entre las partes en el contrato de trabajo, sin que, *a priori*, la edad pueda afectar a la cuantía del salario. Sin embargo, algunas de las percepciones salariales van ligadas al tiempo de prestación de servicios, como es el caso del complemento de antigüedad o los premios por jubilación o fidelidad, siendo la edad, indirectamente, uno de sus componentes clave.

La reforma del ET, operada por la Ley 11/1994, de 11 de mayo, eliminó los límites hasta entonces impuestos a los complementos por antigüedad previstos *ex* artículo 25.2 ET, conforme al cual estos podían alcanzar hasta el 60% del salario máximo, con una antigüedad de veinticinco años en la empresa. Los interlocutores sociales han puesto en práctica distintas fórmulas para cumplir con el mandato del artículo 25 ET, según el cual «el trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual», sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente, lo que permite clasificar los convenios colectivos en relación con el complemento de antigüedad en dos grandes grupos, en función de la opción de la negociación colectiva. Un primer grupo de convenios, ha suprimido el complemento de antigüedad, manteniendo, conforme al artículo 25.2 ET, los dere-

chos adquiridos o en curso de asignación. Así, algunos convenios han suprimido, sin más, el complemento de antigüedad, otros han optado por consolidarlo hasta determinada fecha y otros lo han sustituido por otros complementos con distinto objeto, por ejemplo, el complemento *ad personam*, de desarrollo profesional o sectorial⁶⁵. El segundo grupo, en cambio, ha optado por conservar el citado complemento. Es el grupo de los convenios que contemplan el complemento como plus de promoción por antigüedad o plus de permanencia, cuyo régimen jurídico pactan las partes sin existir límites máximos para la acumulación de los incrementos por antigüedad en función de los años de prestación de servicios⁶⁶.

Sin duda, la supresión de los complementos por antigüedad respondió al objetivo de basar el sistema retributivo en la productividad⁶⁷, y así lo corroboran los interlocutores sociales⁶⁸, los poderes públicos⁶⁹ y la UE⁷⁰. Con todo, salvo en determinadas actividades que exigen unas características físicas superiores, el trabajador maduro aporta a la empresa una mayor experiencia profesional, lo que conecta directamente con la productividad lo que favorecerá el aumento de su retribución. No obstante, *sensu contrario*, cuanto más alto es el salario del trabajador, el incremento porcentual anual ligado al IPC es mayor, lo cual, se valora negativamente al aumentar los costes laborales de la empresa⁷¹.

⁶⁵ MORALES ORTEGA, J. M., «Percepciones económicas de los trabajadores maduros: una especial atención a la más reciente negociación colectiva», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 109-162.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ SEMPERE NAVARRO, A. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...*, op. cit., p. 113.

⁶⁸ En este sentido, el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, cuyo registro y publicación se realiza mediante Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015, afirmaba que «los convenios colectivos han de promover la racionalización de las estructuras salariales, con el fin de renovar los conceptos retributivos con criterios objetivos y de equidad, dando entrada a aquéllos que se encuentran vinculados a la productividad y resultados en las empresas y teniendo en cuenta su distinta naturaleza». Y el IV Acuerdo, cuyo registro y publicación se realiza mediante la Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018, prevé en su apdo. tercero un incremento salarial variable del uno por cien, ligado a los conceptos que en cada convenio se determinen, «como la evolución de la productividad, resultados, absentismo injustificado y otros, en base a indicadores cuantificados, medibles y conocidos por ambas partes».

⁶⁹ El Programa Nacional de Reformas de 2021, en relación con el mercado laboral, propone negociar medidas para impulsar la creación de empleo de calidad, «con mayor productividad y mayores salarios», siendo clave para ello la formación profesional y la capacitación digital.

⁷⁰ *Vid.*, por ejemplo, el apdo. 9 de la Decisión (UE) 2021/1868 del Consejo, de 15 de octubre de 2021, relativa las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, DOUE núm. 379, de 26 de octubre de 2021.

⁷¹ No obstante, los trabajadores con más antigüedad en la empresa aportan mayor experiencia, lo que posibilitará una mayor productividad, por lo que, prescindir de ellos, económicamente, es ineficiente. En

También hay que mencionar los premios por vinculación o fidelización que los empresarios ponen a disposición de aquellos trabajadores con edades cercanas a la jubilación, generalmente entre 60 y 65 años, que, con una antigüedad relevante en la empresa, deciden extinguir sus contratos de trabajo. Pese a su denominación —«premio a la vinculación o fidelización»—, suele configurarse más bien como un incentivo para finalizar la relación laboral y acceder a la jubilación anticipada, pues, a menudo, cuanto mayor es la edad del trabajador la gratificación es menor. Esto significa que la finalidad de la medida es, en muchos casos, la salida del mercado laboral de los trabajadores maduros, lo que responde a criterios economicistas o a los siempre presentes prejuicios y estereotipos que acompañan a la edad madura⁷². Es cierto, no obstante, que en algunos casos los premios se vinculan a la antigüedad acreditada en la empresa, premiando realmente la permanencia y la fidelización.

Algunas sentencias del Tribunal de Luxemburgo abordan distintas controversias suscitadas por medidas en las que la edad del trabajador es el criterio determinante a efectos de fijación de la retribución, lo que provoca diferencias de trato por razón de la edad. En el asunto *Hutter*⁷³, se planteó al TJUE una cuestión tan polémica

este sentido, *vid. in extenso*, VAQUERO GARCÍA, A., «La discriminación laboral de las personas mayores es ineficiente», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe Hel-pAge España, 2022, pp. 133-158.

⁷² MORALES ORTEGA, J. M., «Percepciones económicas de los trabajadores maduros...», *op. cit.*, p. 144.

⁷³ Asunto *Hutter*, STJUE de 18 de junio de 2009, C-88/08, EU: C:2009:381. En el asunto *Hutter*, se planteó una cuestión tan polémica como interesante: las diferentes condiciones laborales de dos trabajadores, en idénticas circunstancias de cualificación y experiencia profesional, única y exclusivamente en función de la edad en la que cada uno de ellos adquirió dicha experiencia. El TJUE debió de dirimir la compatibilidad de una normativa nacional austriaca con el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, ya que la norma controvertida, a efectos de la clasificación profesional de los trabajadores, excluía la experiencia adquirida antes de los 18 años. El Sr. *Hutter* y una compañera fueron contratados, simultáneamente, por la TUG —organismo público austriaco que se rige por la Ley federal de 2002 sobre la organización de las universidades y sus estudios— después de completar, ambos, el mismo período de aprendizaje de técnico de laboratorio en dicho organismo. La compañera del Sr. *Hutter*, 22 meses mayor que él, en aplicación de la norma controvertida, obtuvo una clasificación profesional en un escalón superior y más favorable, lo que suponía una diferencia salarial mensual de 23,20 euros. La diferente clasificación se debió a que la experiencia adquirida por el Sr. *Hutter*, una vez cumplidos los 18 años, era, tan solo, de seis meses y medio, frente a los veintiocho meses y medio que se le contabilizaron a su compañera. El Sr. *Hutter*, perjudicado por la norma, estima que a igualdad de experiencia profesional no existe justificación alguna que permita sustentar, con arreglo a la Directiva 2000/78/CE, una diferencia de trato basada exclusivamente en la edad a la que se adquirió dicha experiencia. La medida, según el Gobierno austriaco, se justificaba, principalmente, en dos objetivos. Por un lado, incentivar la formación secundaria frente a la formación profesional. Y, en segundo término, evitar que se encareciera, en exceso, la formación profesional en el sector público, favoreciendo la inserción de los jóvenes que hubieran seguido este tipo de formación en el mercado de empleo. Tras su examen, el TJUE estimó que los objetivos aducidos por el Gobierno austriaco, para establecer la medida controvertida, eran contradictorios entre sí. Así, el primero de ellos parece incitar a los alumnos a cursar una enseñanza secundaria de tipo general y no de carácter profesional. Por el contrario, el segundo argumento sería la hipótesis inversa, es decir favorecer la contratación de personas que hayan cursado formación profesional y no la de las personas procedentes de la enseñanza general. Con

mica como interesante. A saber, las diferentes condiciones laborales de dos trabajadores, en idénticas circunstancias de cualificación y experiencia profesional, única y exclusivamente en función de la edad en la que cada uno de ellos adquirió dicha experiencia. El TJUE debió de dirimir la compatibilidad de una normativa nacional austriaca con el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, ya que la norma controvertida, a efectos de la clasificación profesional de los trabajadores, excluía la experiencia adquirida antes de los 18 años. De esta resolución destaca, por inaudito, que el Tribunal de Luxemburgo, en un principio, considerase pertinente una medida que suponía una menor remuneración para los trabajadores menores de 18 años en aras a la inserción profesional, dada la amplia facultad que tienen los Estados miembros para establecer sus objetivos en materia social y laboral⁷⁴. Aunque, el Alto Tribunal consideró que dichos objetivos estaban justificados, objetiva y razonablemente, en los términos previstos de la excepción del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, finalmente, la norma cuestionada se estimó, por desproporcionada, contraria a la precitada Directiva, por tanto, discriminatoria.

La sentencia del asunto *Hutter* fue el origen de una serie de resoluciones en la que se solventaron distintas cuestiones prejudiciales en torno a la controvertida normativa que reforma el régimen de retribuciones de la función pública austriaca para poner fin a una discriminación por razón de la edad. Así, le siguieron el asunto *Schmitzer*⁷⁵, el asunto *Starjakob*⁷⁶, el asunto *Stollwitzer*⁷⁷, el asunto *Leitner*⁷⁸ y el asunto *Republik Österreich*⁷⁹.

todo, dada la amplia facultad que tienen los Estados miembros para establecer sus objetivos en materia social y laboral, el Tribunal de Justicia consideró que estaban justificados, objetiva y razonablemente, en los términos previstos en la excepción del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo, la norma no superó el juicio de proporcionalidad que requiere que la medida sea equilibrada y que de ella surjan más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los derechos individuales de los afectados. Se consideró discriminatorio, por desproporcionado, el criterio de la edad a la que se adquirió la experiencia laboral, puesto que se aplicaba de manera general sin considerar el tipo de enseñanza cursado. Se excluía tanto la experiencia adquirida antes de los 18 años por una persona que hubiera cursado enseñanza general, como la adquirida por una persona procedente de la formación profesional. El establecimiento de un criterio basado únicamente en la edad para lograr el objetivo de no desfavorecer la enseñanza general en relación con la formación profesional, no resultaba adecuado ni necesario. Hubiera sido más lógico, a la luz de lo establecido en la Directiva 2000/78/CE, atender a otro tipo de factores como, por ejemplo, el tipo de estudios realizados. La norma cuestionada se estimó, por desproporcionada, contraria a la Directiva 2000/78/CE, al excluir del cómputo los periodos de empleo cubiertos antes de los 18 años de edad a efectos de la remuneración.

⁷⁴ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La aplicación de la Directiva 2000/78 por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016, pp. 145-178.

⁷⁵ Asunto *Schmitzer*, STJUE de 11 de noviembre de 2014, C-530/13, EU: C:2014:2359.

⁷⁶ Asunto *Starjakob*, STJUE de 28 de enero de 2015, C-417/13, EU: C:2015:38.

⁷⁷ Asunto *Stollwitzer*, STJUE de 14 de marzo de 2018, C-482/16, EU: C:2018:180.

⁷⁸ Asunto *Leitner*, STJUE de 8 de mayo de 2019, C-396/17, EU: C:2019:375.

⁷⁹ Asunto *Republik Österreich*, STJUE de 8 de mayo de 2019, C-24/17, EU: C:2019:373.

Asimismo, en el asunto *Bowman*⁸⁰, también entró en juego la edad del trabajador como elemento determinante de la retribución salarial. En este caso, la cláusula controvertida formaba parte de un convenio colectivo –de aplicación a determinados empleados públicos austriacos–, que, al igual que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, debe respetar los principios de la Directiva 2000/78/CE al establecer diferencias de trato por motivos de edad, cuidando que estas medidas sean adecuadas y necesarias.

En esta misma *línea material*, en el asunto *Hennings*⁸¹, el TJUE apreció que una norma convencional, en este caso, alemana, que fijaba el escalón del salario base en función de la edad del empleado en el momento de la contratación, vulneraba el principio de discriminación por razón de edad y contravenía lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE. Este caso tuvo también continuidad en el asunto *Spetch*⁸², en el asunto *Unland*⁸³, y en el asunto *TK* y otros⁸⁴, en-

⁸⁰ Asunto *Bowman*, STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-539/15, EU: C:2016:977.

⁸¹ Asunto *Hennings* y *Mai*, STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-297/10 y C-298/10, EU: C:2011:560. La norma controvertida que se examinaba, establecía que el salario base del empleado se determinaba en el momento de su contratación y según la edad a la que este hubiera accedido a la empresa, dentro de cada grado de actividad ejercida. Así, «el salario base que obtienen dos empleados contratados el mismo día en el mismo grado será diferente en función de la edad que tuvieran en el momento de dicha contratación. En consecuencia, esos dos empleados se encuentran en una situación comparable y uno de ellos percibe un salario inferior al que obtiene el otro. Por consiguiente, dicho empleado recibe, por razón de su edad, un trato menos favorable que el que se da al otro empleado». La medida establecía una clara diferencia de trato por razón de edad, por lo que el TJUE se centró en analizar la justificación de la misma. A juicio del Gobierno alemán la retribución más alta se justificaba en la mayor experiencia profesional del empleado. Además, el salario base más alto de los empleados de mayor edad en el momento de la contratación compensaba sus necesidades económicas que, en la mayor parte de los casos, eran superiores, habida cuenta su entorno social. Si bien, el TJUE consideró que entre la edad del empleado y sus necesidades económicas no había una relación directa, estimó que la medida sí podía constituir un objetivo legítimo respecto a la experiencia profesional. Así, la antigüedad unida a la experiencia profesional podía constituirse, generalmente, en un parámetro para lograr dicho objetivo. Aun así, el Alto Tribunal no consideró la medida ni necesaria, ni adecuada, al no garantizar remunerar en mayor medida la experiencia del trabajador: «Conforme al sistema, un empleado carente de toda experiencia profesional contratado a los 30 años de edad para un empleo clasificado en uno de los grados 3 a 10 percibiría desde su contratación un salario base equivalente al que percibiría un empleado que, con la misma edad, ocupase el mismo puesto, pero que ha sido contratado a la edad de 21 años, y que justifica una antigüedad de 9 años». La medida no superó, por tanto, el test de proporcionalidad, ya que determinar el escalón salarial del trabajador en función de su edad no suponía, necesariamente, tener en cuenta su experiencia profesional: «la determinación en el momento de la contratación del escalón de salario base de un empleado público en función de su edad excedía de lo que es necesario y adecuado para lograr el objetivo legítimo invocado por el Gobierno alemán y que consiste en tener en cuenta la experiencia profesional adquirida por el empleado antes de su contratación». De acuerdo con esta norma, un trabajador recién contratado, si tiene más edad, tendrá derecho a un salario superior al que tiene otro más joven, aunque este tenga más experiencia. Si lo que realmente se persigue es premiar la experiencia del trabajador con una remuneración más elevada, lo que hay que tener en cuenta es la antigüedad y no la edad a la que se adquirió o se ingresó en el cuerpo o empresa. Por todo ello, el TJUE resolvió, finalmente, la inadecuación de la cláusula del Convenio a la Directiva 2000/78/CE.

⁸² Asunto *Spetch* y otros, STJUE de 19 de junio de 2014, C-501/12 a C-506/12, C-540/12 a C-541/12, EU: C:2014:205.

⁸³ Asunto *Unland*, STJUE de 9 de septiembre de 2015, C-20/13, EU: C:2015:5.

⁸⁴ Asunto *TK* y otros, STJUE de 7 de febrero de 2020, C-773/18 a C-775/18, EU: C:2020:125.

marcados, todos ellos, en una serie de litigios iniciados por magistrados o funcionarios alemanes habida cuenta su clasificación, atendiendo a su edad, en un escalón retributivo determinado.

Finalmente, se trae a colación la resolución del asunto *Horgan y Keegan*⁸⁵. En este caso, se cuestionó una norma irlandesa, en virtud de la cual se reducía –en un 10%–, en cada escalón de la escala salarial, el salario de los funcionarios de nueva incorporación respecto al de los funcionarios que se incorporaron antes de esa fecha. El TJUE concluyó que la existencia de una doble escala salarial fundada en la fecha de contratación no constituía discriminación por razón de edad, ya que, en función de esa fecha, se aplicaban bien las reglas antiguas, o bien las nuevas, pero independientemente de la edad del funcionario en el momento de su incorporación o de un criterio vinculado indirectamente a la edad.

La aceptación de dobles escalas salariales por parte del Tribunal de Luxemburgo, al considerar que no vulneran el principio de igualdad cuando existe justificación objetiva y razonable, difiere de algunas resoluciones del TC y del TS⁸⁶ que, por regla general, rechazan esta diferenciación por discriminato-

⁸⁵ Asunto *Horgan y Keegan*, STJUE de 14 de febrero de 2019, C-154/18, EU: C:2019:113. En este caso, la Administración Pública irlandesa presentó una petición de decisión prejudicial al TJUE en torno a la licitud de una norma. En virtud de la misma, a partir del 1 de enero de 2011, se reducía –en un 10%–, en cada escalón de la escala salarial, el salario de los funcionarios de nueva incorporación respecto al de los funcionarios que se incorporaron antes de esa fecha. Asimismo, a partir de la misma, todo el nuevo personal docente sería clasificado en el primer escalón de la escala salarial, contrariamente a lo que se hacía anteriormente, en que se clasificaban en el segundo o tercero. De modo que al nuevo personal se le aplican unas condiciones inferiores a las aplicadas al personal docente ya en funciones. Los demandantes que accedieron como docentes de la escuela pública irlandesa en otoño de 2011 impugnaron dichas medidas ante el Tribunal administrativo en materia de igualdad, alegando una diferencia de trato por razón de edad. La Administración irlandesa, por su parte, justificó la medida en la necesidad de afrontar la crisis económica y, asimismo, en la obligación de respetar el convenio que prohíbe cualquier reducción de la retribución de los funcionarios que se incorporaron antes de enero de 2011. El asunto, que fue desestimado en instancia, llegó al órgano jurisdiccional remitente, *Labour Court*, que precisó que la nueva norma condujo a la coexistencia de dos grupos de trabajadores que realizaban un trabajo de igual valor, pero a los que se retribuía de manera diferente, con una doble escala salarial, existiendo una clara diferencia de edad entre los dos grupos, siendo perjudicados, generalmente, los trabajadores más jóvenes, de nueva incorporación. Sin embargo, también adujo que el factor que determina la asignación de una u otra escala salarial es el año de incorporación como docentes, independientemente de la edad del trabajador. Por todo ello, el Tribunal *a quo* preguntó al TJUE, en una primera cuestión prejudicial, si la medida controvertida constituía una discriminación indirecta por razón de la edad prohibida por el artículo 2, apdo. 2, letra b, de la Directiva 2000/78/CE. Tras examinar la cuestión, el Alto Tribunal argumentó que la diferencia de trato resultaba de la fecha de incorporación de los docentes, ya que, en función de la misma, se aplicaban bien las reglas antiguas, o bien las nuevas, independientemente de la edad del funcionario en el momento de su incorporación o de un criterio vinculado indirectamente a la edad. Se descartó, por tanto, que una doble escala salarial basada en una fecha de incorporación constituya una discriminación indirecta por razón de la edad prohibida por el artículo 2, apdo. 2, letra b, de la Directiva 2000/78/CE, adecuándose la medida al Derecho de la UE.

⁸⁶ *Vid.* STC 112/2017, de 16 de octubre, ECLI: ES: TC:2017:112, que considera injustificada toda diferencia salarial que pueda venir sustentada exclusivamente en la fecha de incorporación a la empresa. En esta resolución se debatía el diferente cálculo del complemento de antigüedad, basado en trienios

ria. En efecto, este posicionamiento difiere del criterio mantenido por el TS en su resolución de 24 de junio de 2019 –Rec. núm. 10/2018–⁸⁷, en la que estableció la prohibición de dobles escalas salariales fundadas exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa. El TS sigue la doctrina del TC –STC 112/2007, de 16 de octubre–, que entiende que los sistemas de doble escala salarial solo se legitiman constitucionalmente, de forma excepcional, con el fin de «proporcionar una solución transitoria a un momento coyunturalmente comprometido de una empresa que la obligue a establecer un tratamiento diferenciado a sus empleados por razón del tiempo de incorporación a la misma». Por regla general, el TS rechaza esta diferenciación por discriminatoria, pues de aceptar la doble escala salarial, se estaría vulnerando el principio de igualdad retributiva. Hay que señalar que, en esta resolución, la interpretación que realiza el TS de este principio, no se desarrolla con base en la discriminación por edad, si no en el marco del principio de igualdad genérico y de la obligación que adquiere el empresario de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución. Esta interpretación resulta más favorable que la efectuada por el TJUE en la resolución del asunto *Horgan y Keegan*.

Con todo, aunque las diferencias entre la jurisprudencia nacional y la europea sobre la aceptación o no de dobles escalas salariales son evidentes, en ambos casos se requiere la pertinente justificación, objetiva y razonable, que, una vez ponderada, podrá ser admisible. No obstante, la cuestión principal no es si se debe permitir, o no, la doble escala salarial, ya que la respuesta deberá ser a priori negativa, pues, en otro caso, se estaría consintiendo una diferencia retributiva por una misma prestación. El foco de atención hay que dirigirlo a cuáles han de ser las justificaciones que el Alto Tribunal puede considerar razonables para admitir las dobles escalas salariales. ¿Una crisis de la empresa?, ¿Una crisis económica?, ¿La reestructuración de una actividad?, ¿Una decisión convencional basada en la prospectiva futura de las líneas de negocio de la empresa?, ¿Servirá la contribución al descenso de la cifra de desempleo

cumplidos para los trabajadores incorporados con anterioridad a una fecha y en quinquenios cumplidos para los que lo hicieran con posterioridad a la misma. Asimismo, *vid.* la STS de 28 de noviembre de 2018 –Rec. núm. 193/2015–, ECLI: ES: TS:2018:4419, que consideró ilegales los preceptos que establecen una doble escala salarial para la percepción del complemento de antigüedad por la «sola y única circunstancia de su fecha de ingreso en la empresa».

⁸⁷ La STS de 24 de junio de 2019 –Rec. núm. 10/2018– no aplicó al caso la doctrina del asunto *Horgan y Keegan*, al concluir que «nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria, en interpretación del principio de igualdad y de la obligación empresarial de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, prohíbe la existencia de doble escala salarial fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, tal doctrina interpretativa constituye una norma más favorable que la que resultaría de la interpretación efectuada por la referida sentencia».

–por ejemplo, el juvenil– como prueba decisoria?»⁸⁸. En este sentido, hay que señalar que, el Tribunal *a quo* planteó varias cuestiones prejudiciales, no obstante, lamentablemente, la sentencia no respondió a las mismas.

Entre los complementos salariales más generalizados, el relativo a la antigüedad del trabajador, en muchas ocasiones, también es un criterio relevante a efectos de promoción profesional. En este sentido, la resolución del asunto *Tyrolean Airways*⁸⁹ resolvió una cuestión prejudicial planteada en torno al recurso a la antigüedad del trabajador como elemento determinante del ascenso profesional y, por ende, el importe de su retribución. La cláusula convencional controvertida sólo tiene en cuenta la experiencia profesional adquirida como tripulante de cabina en *Tyrolean Airways* y no la experiencia, materialmente idéntica, adquirida en las otras dos compañías del mismo grupo de empresas. La parte demandante conectó la cuestión de la antigüedad en la empresa con la edad del tripulante de cabina, y reclamó que el ascenso se produjera teniendo en cuenta los años de servicio en las otras dos filiales, puesto que, si no se computaba esta experiencia profesional, se perjudicaba a los trabajadores de más edad. Esta conexión que se pretende, entre la antigüedad y la edad, resulta de difícil encaje al no conformar criterios vinculados. En este caso, el Tribunal de Justicia resolvió el asunto considerando que la medida cuestionada no establecía diferencia de trato alguna por razón de la edad.

⁸⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., «Doble escala salarial. No supone discriminación por edad», *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 1, 2019, pp. 1-9. Accesible en, BOE.es –Doble escala salarial: no supone discriminación por razón de edad.

⁸⁹ Asunto *Tyrolean Airways*, STJCE de 7 de junio de 2012, C-132/11, EU: C:2012:329. El litigio principal se enmarca en un conflicto, entre una empresa aérea y el comité de empresa, sobre la interpretación del convenio colectivo aplicable a los tripulantes de cabina de la compañía aérea *Tyrolean Airways*, en concreto, en relación con el cómputo de los períodos de servicios cubiertos en las otras dos filiales del grupo *Austrian Airlines*. La controversia se origina porque, para ascender al nivel profesional más alto en *Tyrolean Airways* –lo que determinará el importe de su retribución–, se exige una antigüedad o experiencia profesional de tres años en la compañía. La norma controvertida sólo tiene en cuenta la experiencia profesional adquirida como tripulante de cabina en *Tyrolean Airways* y no la experiencia, materialmente idéntica, adquirida en las otras dos compañías del mismo grupo de empresas. La parte demandante conectó la cuestión de la antigüedad en la empresa con la edad del tripulante de cabina, y reclamó que el ascenso se produjera teniendo en cuenta los años de servicio en *Austrian Airlines* o en *Lauda Air* –las otras dos filiales–, puesto que, si no se computaba esta experiencia profesional, se perjudicaba a los trabajadores de más edad. Esta conexión que se pretende, entre la antigüedad y la edad, resulta de difícil encaje al no conformar criterios vinculados. La diferencia de trato para adjudicar la categoría profesional viene determinada por la fecha en que la empresa haya contratado al trabajador y no por la edad de trabajador. En concreto, lo que no se tiene en cuenta para adjudicar la categoría profesional es la experiencia adquirida en otras empresas de grupo, independientemente de la edad del trabajador en el momento de la contratación. Es cierto que la aplicación de este criterio, puntualmente, puede tener como consecuencia que los tripulantes de cabina afectados –aquellos que hayan adquirido su experiencia profesional en las otras compañías del grupo– asciendan a una edad superior a la de aquellos trabajadores que hayan adquirido una experiencia equivalente en el seno de *Tyrolean Airways*. Aun así, el Tribunal de Justicia resolvió el asunto considerando que la cláusula convencional controvertida no establecía diferencia de trato alguna por razón de la edad.

2.3 Seguridad y salud laboral. Acomodación del puesto de trabajo para un óptimo envejecimiento activo

Según la OMS, el envejecimiento puede definirse como la consecuencia de un proceso de acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo. Sin que sea un proceso lineal ni uniforme para todos los individuos –en la medida en que son determinantes criterios como la capacidad física, la genética, el entorno social, o los hábitos saludables de las personas–, el envejecimiento provoca un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, un aumento del riesgo de enfermedad y, finalmente, la muerte. El envejecimiento va ligado a la edad, convirtiéndola en un factor de riesgo para la seguridad laboral del trabajador.

Las últimas previsiones demográficas para el período 2020-2030 vaticinan un aumento del 18% de la población de más de 65 años, mientras que la población más joven –de 4 a 18 años– disminuirá un 5%⁹⁰. Así, la distribución por tramos de edad de la población evidencia un envejecimiento demográfico cierto, que, lejos de solucionarse, va en aumento, y conduce a un ensanchamiento de la pirámide poblacional en la parte superior y a un estrechamiento en la base. Se habla, por ello, de inversión de la pirámide poblacional. En la actualidad, el 40% de la población de la UE supera la edad de 50 años y, en el año 2030, el número de trabajadores de entre 55 y 64 años se habrá incrementado en casi 10 millones de personas, representando el 30% de la población activa⁹¹. Con todo, entre el año 2019 y el año 2021, el mayor aumento de la tasa de empleo, por grupos de edad, se produjo en los hombres de entre 55 y 64 años, donde aumentó 9,9 puntos; y, en el caso de las mujeres, en esa misma franja de edad, el aumento fue de 9,1 puntos⁹². Esta tendencia positiva se debe principalmente al crecimiento sostenido de la proporción de personas empleadas de 55 a 64 años.

Tal vez, algunas de las causas de ese incremento del empleo entre los trabajadores maduros son el retraso de la edad mínima de jubilación, así como la penalización de las jubilaciones anticipadas. En este sentido, la prolongación de la vida laboral activa es uno de los mecanismos, imprescindible, para preservar el sistema de pensiones, dado el envejecimiento de la población y su incidencia en el mismo. Para ello, distintos organismos europeos proponen «potenciar el envejecimiento activo, que consiste en optimizar las oportunida-

⁹⁰ Vid., *in extenso*, «Panorama. Stories from Regional and urban policy.» Accessible en, https://ec.europa.eu/regional_policy/es/newsroom/panorama/2021/05/20-05-2021-eu-population-projections-reveal-growing-gaps-between-young-and-old

⁹¹ Empleo, estadísticas anuales, Eurostat. Accesible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics#Senior_versus_youth_employment

⁹² *Ibidem*.

des para que los trabajadores de todas las edades trabajen en condiciones de buena calidad, productivas y saludables, hasta la edad legal de jubilación, con base en el compromiso mutuo y la motivación de empleadores y trabajadores»⁹³. Para lograr «que los trabajadores tengan salud y seguridad, habida cuenta, en particular, del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral (...), es necesario crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa de una mano de obra cada vez más diversificada»⁹⁴.

La problemática derivada del binomio edad y seguridad fue abordada directamente por la Recomendación núm. 162, sobre los trabajadores de edad, de la OIT, de 23 de junio 1980, primer documento internacional que se ocupó específicamente de cuestiones relativas a trabajadores de edad madura. A partir de ahí, se han publicado otros documentos que hacen referencia a la necesidad de promover unas buenas condiciones de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, para fomentar el bienestar y reducir las tasas de jubilación anticipada. Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión, de 28 de junio de 2021, relativa al Marco estratégico de la UE en materia de seguridad y salud del año 2021-2027⁹⁵, el Acuerdo Marco autónomo de los agentes sociales europeos sobre el envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional, de 8 de marzo de 2017⁹⁶, o el Libro Verde sobre el Envejecimiento de 2021⁹⁷, que es el primer resultado del Informe sobre los efectos del cambio demográfico en Europa⁹⁸.

⁹³ Acuerdo Marco europeo sobre envejecimiento activo, 8 de marzo de 2017. Accesible en <https://www.agediversity.org/wp-content/uploads/2019/04/Acuerdo-Marco-sobre-Envejecimiento-Activo.pdf>

⁹⁴ Así lo recoge el Libro Blanco de la Comisión Europea «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», COM (2012) 55 final.

⁹⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación. COM (2021) 323 final, Bruselas, 28 de junio de 2021.

⁹⁶ <https://www.agediversity.org/wp-content/uploads/2019/04/Acuerdo-Marco-sobre-Envejecimiento-Activo.pdf>

⁹⁷ El Libro Verde Sobre el Envejecimiento. Fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones, COM (2021) 50 final, Bruselas, 27 de enero de 2021. El Libro Verde inicia un debate político sobre las transformaciones demográficas determinantes en Europa y sobre el impacto universal del envejecimiento, para anticiparse y responder a los desafíos que plantea y las oportunidades que brinda, especialmente teniendo en cuenta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Decenio del Envejecimiento Saludable de las Naciones Unidas. Para ello, parte de diversos informes de otras instituciones de la UE, por ejemplo, las Conclusiones del Consejo sobre el camino a seguir ante los retos demográficos (8668/20 de 8.6.2020); Conclusiones del Consejo sobre los derechos humanos, la participación y el bienestar de las personas mayores en la era de la digitalización (11717/2/20 de 9.10.2020); Dictamen del Comité Económico y Social Europeo titulado «Retos demográficos en la UE a la luz de las desigualdades económicas y de desarrollo», de 5 de mayo de 2020; Asimismo, el Parlamento Europeo está elaborando un informe titulado «El envejecimiento del viejo continente: posibilidades y desafíos relacionados con la política de envejecimiento después de 2020».

⁹⁸ Informe sobre los efectos del cambio demográfico en Europa, COM (2020) 241 final, 17 de junio de 2020.

La Recomendación núm. 162 encarga a los Estados miembros que articulen las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores maduros puedan mantener su empleo en condiciones satisfactorias, conforme a las condiciones y prácticas laborales de cada uno de ellos⁹⁹. Para ello, se deben identificar los tipos de actividad en los que estos trabajadores encuentren dificultades de adaptación a las exigencias del trabajo, determinar las causas y proponer las soluciones apropiadas¹⁰⁰. Entre las medidas a adoptar, se propone corregir las condiciones de trabajo y medio ambiente que puedan acelerar el proceso del envejecimiento, modificar la organización de trabajos y la ordenación de los tiempos de trabajo y descansos, evitando ritmos excesivos, adaptar el puesto y las tareas al trabajador, vigilar la salud y supervisar las condiciones de seguridad y salud del lugar de trabajo. En consonancia con esta Recomendación, el Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 propone la implantación de estrategias para la prevención de los riesgos laborales, así como hacer frente a los riesgos emergentes, entre los que se encuentra el envejecimiento de la población activa en el espacio de la UE y las exigencias de adaptación del entorno de trabajo y las tareas a las necesidades específicas de los trabajadores y de los puestos de trabajo correspondientes. No obstante, todos estos documentos conforman mero *soft law* que necesitan de complementos normativos para ser efectivos, sin que exista una normativa precisa y concreta que relacione las variables, edad y seguridad¹⁰¹.

Las condiciones de salud y seguridad en las que un trabajador realiza su prestación de servicios, constituye uno de los aspectos más importantes de la relación laboral. En España, ya la Estrategia de empleo para mayores de 55 años de 2011¹⁰² y la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020¹⁰³ abordaron esta cuestión. Estas estrategias, se complementan con el Derecho positivo, que, indirectamente, integra las magnitudes edad y seguridad en los artículos 15.d) y 25.1 de la LPRL¹⁰⁴.

La LPRL no hace referencia expresa a los trabajadores de edad madura, a diferencia de los que sucede con otros colectivos vulnerables, como trabaja-

⁹⁹ Recomendación núm. 162, apartado III, dedicado a la protección de los trabajadores de edad, párrafos 11 a 19.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafos 11 y 12.1.

¹⁰¹ PASTOR MARTÍNEZ, A., «La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida», *Derecho Laboral*, núm. 112, 2017, pp. 67-86.

¹⁰² BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2011.

¹⁰³ INSHT, Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, Servicio de ediciones de Publicaciones INSHT, Madrid 2015. Accesible en <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/estrategia-espanola-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo-2015-2020>

¹⁰⁴ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

dores jóvenes o mujeres embarazadas. Con todo, aunque no exista una referencia concreta, puede intuirse, implícitamente, que la mayor edad hace al trabajador especialmente sensible a determinados riesgos. Así, el artículo 14 LPRL establece el deber del empresario de dar al trabajador una protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral, conformando un correlativo derecho de este. Este deber empresarial engloba todos los aspectos de la relación laboral que puedan afectar a la salud de los trabajadores, por lo que deberá adoptar todas las medidas de prevención necesarias y en todas las circunstancias previsibles.

El artículo 15 LPRL, que lleva por título «Principios de la acción preventiva», establece, en el apdo. 1.d), el principio general de adaptación del trabajo a la persona con el fin de «no entorpecer o impedir la evolución favorable ni provocar un empeoramiento de la salud del trabajador»¹⁰⁵. Este principio también se halla recogido en el artículo 36.5 ET –referido al trabajo organizado «según un cierto ritmo»–, al ordenar al empresario «tener en cuenta el principio general de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo en función del tipo de actividad y de las exigencias en materia de seguridad y salud de los trabajadores». Exigencias que, según continua la norma, «deberán ser tenidas particularmente en cuenta a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo». El artículo 164.1 LGSS refuerza este principio al establecer como causa del recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, entre otras, la transgresión de las medidas «de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador»¹⁰⁶.

La eficacia del principio de prevención vendrá determinada por una correcta evaluación de los riesgos, para lo que es indispensable el examen individualizado de cada trabajador y de su puesto de trabajo en función del sector y actividad que desarrolle el trabajador, así se extrae del artículo 16.2.a) LPRL,

¹⁰⁵ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., *Trabajadores especialmente sensibles: concepto y obligaciones empresariales*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2016, p. 17.

¹⁰⁶ Artículo 164 LGSS: «Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional: 1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador».

y de los artículos 4.1.b), 4.2.c) y 5.1 del RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

El artículo 25.1 LPRL presta especial atención a «aquellos trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo». La Ley ordena al empresario garantizar su protección, para lo que «deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias». Dado que el precepto no alberga una referencia expresa a los trabajadores de edad avanzada, se podría plantear si sería factible suponer que esta característica puede constituir la circunstancia personal determinante que califique a estos trabajadores como especialmente sensibles, de tal manera que, llegado el caso, el artículo pueda desplegar su protección respecto de ellos. Así, los trabajadores maduros, en concreto, aquellos de edad más avanzada, están más expuestos a riesgos laborales, debido, precisamente, al envejecimiento. A más edad, el envejecimiento es mayor, por lo que, la exposición a los riesgos también aumenta. Aunque este colectivo, *per se*, no es un grupo de riesgo, los efectos que, en ocasiones, derivan de la edad pueden determinar una vulnerabilidad especial. El envejecimiento es, pues, un elemento a valorar en orden a la implementación de medidas de prevención específicas¹⁰⁷. Y, en este sentido, el carácter genérico del artículo 25 LPRL, en el que caben un *numerus apertus* de trabajadores especialmente sensibles, permitiría albergar a aquellos trabajadores que, por sus circunstancias personales relacionadas con la mayor edad, pudieran requerir de atención específica preventiva, por lo que, a estos, se les debería proporcionar una protección más enérgica.

Así pues, aunque ambos artículos carecen de contenido concreto directamente referido a los trabajadores de edad, facilitan orientación para un cumplimiento más riguroso del deber de protección empresarial¹⁰⁸. Este deber obliga al empresario a desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de identificar y evitar o, al menos, evaluar y controlar los riesgos, adoptando las medidas de prevención y protección adecuadas. No basta con realizar una prevención de riesgos genérica, sino que debe ser, ante

¹⁰⁷ De la misma opinión, PASTOR MARTÍNEZ, A., «La protección de la seguridad y salud...», *op. cit.*, p. 74; ARAGÓN GÓMEZ, C., «La ineptitud sobrevenida por razón de edad», en VV. AA. (Dir.: MERCADER UGUINA, J. R.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Lexnova, Valladolid 2009, p. 257; MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 40.

¹⁰⁸ PASTOR MARTÍNEZ, A., «La protección de la seguridad y salud...», *op. cit.*, pp. 67 a 86.

todo, eficaz. Por ello, en relación con el envejecimiento, es indispensable realizar un análisis subjetivo de los riesgos inherentes a cada uno de los puestos de trabajo, teniendo en cuenta la edad del trabajador y sus circunstancias personales¹⁰⁹.

El artículo 25 LPRL, *in fine*, establece que «Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

El empresario tiene el deber, *ex lege*, de adaptar, por razones de prevención, las condiciones de trabajo, así, de las trabajadoras embarazadas o madres lactantes, cuando el trabajo que estas realizan supone un riesgo, bien para ellas, bien para el feto o el bebé¹¹⁰. En el caso de que esto no sea posible, deberán modificarse las tareas encomendadas o, incluso, si fuera necesario, operar un cambio de puesto de trabajo. Por analogía, se puede plantear si, aquellos trabajadores declarados especialmente sensibles por razón de su avanzada edad tienen el mismo derecho de acomodación del puesto de trabajo del que gozan estas trabajadoras. Es decir, si para evitar o disminuir los riesgos derivados de la mayor edad, *ex artículo 25 LPRL*, el empresario tiene el deber de adaptar las condiciones de trabajo de un trabajador declarado especialmente sensible por razón de su edad, cambiando sus funciones o, incluso, recolocándolo en otro puesto, para garantizar su seguridad en el trabajo.

Desde otra perspectiva, cabría cuestionar la subsunción de la ineptitud sobrevenida por motivos de salud en el supuesto de despido objetivo¹¹¹ con-

¹⁰⁹ SEMPERE NAVARRO, A. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., «Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁰ Artículo 26 LPRL, conforme al cual, tras la evaluación de riesgos «si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada (...) Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto (...), esta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado (...) En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen».

¹¹¹ La doctrina es reacia a admitir tal ineptitud como causa objetiva de despido, entre otros, *vid.* TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores

templado por el artículo 52.a) ET¹¹². El asunto, además, se complica cuando, en aplicación de la normativa preventiva, *ex* artículo 22 LPRL, tras el reconocimiento médico, el trabajador no resulta apto para desempeñar la prestación laboral de su puesto de trabajo¹¹³. En este caso, como puede suceder en el de incapacidad no declarada, la doctrina iuslaboralista y judicial discrepan «entre quienes identifican el resultado de no apto con la ineptitud del artículo 52.a) ET y de ahí su admisión como justa causa de despido, de aquellas otras que, con mejor criterio, se separan de ese parecer para incidir, sobre todo, en el principio de adaptación del puesto al trabajador del artículo 15.1.d) LPRL»¹¹⁴.

Los tribunales han interpretado, mayoritariamente, que existe el deber empresarial de adaptación o recolocación de los trabajadores cuando sus circunstancias personales supongan una mayor exposición a riesgos laborales, en cumplimiento del artículo 25 LPRL, requiriendo, aquellas actuaciones que sean razonablemente exigibles. Así, la Sentencia del TSJ de Cataluña señala que «al empresario se atribuye en el mismo precepto una facultad implícita de movilidad funcional de los trabajadores especialmente sensibles, en aplicación del principio de adaptación del trabajo a la persona»¹¹⁵. No obstante, otra resolución más reciente del mismo Tribunal, se pronuncia a favor de la procedencia de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida y advierte que «la posibilidad que apunta el recurrente, siquiera de forma un tanto implícita, relativa a la posibilidad de ser recolocado en otro puesto de trabajo acorde con sus limitaciones físicas dentro de la empresa en lugar de proceder a la extinción de su contrato, debe de ser rápidamente rechazada desde el momento en que, y en apoyo de su postura, no aduce el recurrente norma reglamentaria o convencional alguna que justifique se petición y la correlativa obligación de la empresa»¹¹⁶.

El artículo 25 LPRL, a diferencia del artículo 26 LPRL, no es concreto en torno a las medidas que se deben adoptar. Por ello, de forma analógica, se po-

y qué consecuencia tiene el no superarlo», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2012, p. 20. No obstante, son bastantes los supuestos en los que la doctrina judicial ha justificado un despido por esta causa cuando la ineptitud lo era por razones de salud, entre otras, STSJ Andalucía –Sevilla– de 15 de octubre de 2009, ECLI: ES: TSJAND:2009:911.

¹¹² *Infra, vid.* el epígrafe 3.1 del actual Capítulo.

¹¹³ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «La salud del trabajador como causa de discriminación laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2104, pp. 71-94.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «La salud del trabajador como causa de discriminación laboral...», *op. cit.*, pp. 71-94.

¹¹⁵ STSJ de Cataluña, de 23 de enero de 2008 –Rec. núm. 5549/2006–, ECLI: ES: TSJCAT:2008:1194. En el mismo sentido, la STSJ Cantabria, de 29 de julio de 2015 –Rec. núm. 456/2015–, ECLI: ES: TSJ-CANT:2015:986.

¹¹⁶ STSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2017 –Rec. núm. 86/2017–, ECLI: ES: TSJCAT:2017:2262.

drían aplicar las obligaciones que prevé el artículo 26, para proceder a la adaptación de las condiciones del puesto de trabajo, adaptando medidas tanto ergonómicas como organizativas¹¹⁷. Y, en el caso de que esa adaptación no sea posible, recolocar al trabajador en un «puesto de trabajo diferente y compatible con su estado»¹¹⁸.

La acomodación del puesto de trabajo se configuraría, así, como la garantía de la plena igualdad en el trabajo, preservando el principio de no discriminación por razón de la edad, e incluso por razón de discapacidad, que también opera fruto del envejecimiento del trabajador. En efecto, el envejecimiento puede provocar enfermedades crónicas que finalicen con su despido por ineptitud. En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo, en el asunto *HK Danmark*¹¹⁹, declaró que, los despidos por enfermedades de larga duración, que dificultan la reintegración laboral, pueden ser declarados nulos por discriminación por razón de discapacidad, al asimilarse tales patologías a una situación objetiva de discapacidad laboral, con independencia de que el trabajador haya sido calificado oficialmente con un determinado grado de discapacidad.

En este punto, hay que hacer una breve referencia a la discriminación por razón de edad y por razón de discapacidad, que, en más ocasiones de las debidas, se configura como un tándem de difícil separación, en el que la realidad se conjuga con estereotipos adversos, reales o no, que dan lugar a diferencias de trato susceptibles de discriminación. Ambas causas discriminatorias se retroalimentan y, en ocasiones, se llega a admitir que la edad es discapacitante¹²⁰. Así, los mecanismos de tutela de una se utilizan para la otra, deslizándose hacia un terreno resbaladizo al reforzarse las ideas preconcebidas, negativas, sobre las personas de edad madura¹²¹. En relación con esta cuestión, es importante destacar que la Ley 15/2022 ha incorporado expresamente, entre los motivos de discriminación, los de enfermedad o condición de salud. El artículo 2.3 señala expresamente que la enfermedad no puede amparar diferencias de trato distintas de las que derivan de su propio proceso de tratamiento, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública. Es cierto que la

¹¹⁷ PASTOR MARTÍNEZ, A., «La protección de la seguridad y salud...», *op. cit.*, pp. 67 a 86.

¹¹⁸ GOÑI SEIN, J. L., y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 197.

¹¹⁹ Asunto *HK Danmark*, STJUE, 11 de abril de 2013, C-335/2011, EU: C:2013:222.

¹²⁰ CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J., «Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe HelpAge España, 2022, pp. 23-38.

¹²¹ *Ibidem*.

excepción de las limitaciones que la enfermedad pueda imponer para la prestación de servicios objeto de la relación laboral, aunque necesaria, puede ser muy amplia. Lo que parece que no podría hacer el empleador, conforme al artículo 9.5 de esa Ley es «preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto».

La mayor edad del trabajador se suma a los riesgos de la actividad laboral, por lo que deberá estar en el punto de mira de la prevención. Habida cuenta de que la edad provoca el envejecimiento y de que el envejecimiento es un factor de riesgo, para una correcta acción preventiva se deberá evaluar de manera continua las condiciones particulares de los trabajadores maduros, especialmente las de aquellos de edades más avanzadas, para detectar riesgos potenciales, señaladamente en el caso de puestos de trabajo que provocan un elevado estrés laboral o que requieren un esfuerzo físico superior¹²².

El Derecho positivo debería garantizar que, ante determinados riesgos derivados de la mayor edad, estos trabajadores puedan realizar su trabajo de manera saludable y en igualdad de condiciones que el resto de compañeros, favoreciendo la continuación de una vida laboral activa¹²³. En este sentido, en algunas profesiones –como Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Cuerpos de Bomberos, o Policía Municipal– en las que para el correcto desempeño de prestación laboral requiere de ciertas condiciones físicas que la edad podría mermar, se prevé el pase a una situación especial cuando se produce la limitación de las funciones. En efecto, el pase a esta situación, denominada «segunda actividad», se produce, bien a petición del interesado, cuando se cumplen determinados requisitos de edad determinada y un número determinado de años de servicio, o bien cuando no se superan las pruebas psicofísicas de aptitud. Este pase comporta el desarrollo de tareas de menor exigencia física o psíquica, no obstante, igualmente necesarias para el servicio de que se trate¹²⁴. De la misma forma, en determinados supuestos, ante la posible aparición de escenarios que, debido a la edad del trabajador, incidan de forma negativa en su capacidad de trabajo o en su salud, se podría plantear, *lege ferenda*, un proceder similar al dispuesto para estos funcionarios o para los trabajadores con discapacidad¹²⁵, la acomodación del

¹²² SEMPERE NAVARRO, A. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada...*, *op. cit.*, p. 118.

¹²³ PASTOR MARTÍNEZ, A., «La protección de la seguridad y salud...», *op. cit.*, pp. 67 a 86.

¹²⁴ STS de 26 de abril –Rec. núm. 3050/2015–, ECLI: ES: TS:2017:2141. Esta resolución declaró, no obstante, la incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual y la situación de segunda actividad establecida en la normativa reguladora de la relación de servicios de determinados funcionarios públicos.

¹²⁵ El RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, integró el contenido

puesto de trabajo del trabajador de edad madura, bien de forma temporal, o bien de forma definitiva, según la necesidad. Se trataría de implantar un método de flexibilización del contenido de la prestación laboral del trabajador de más de 55 años de edad, en función de su estado de físico, adecuándola a sus necesidades. El objetivo es compensar sus desventajas, asignándole, en la medida de lo posible, otras tareas en las que el trabajador maduro pueda realizar su prestación laboral de manera productiva, cumpliendo, asimismo, con algunos de los principios preventivos del artículo 15.1 LPRL –es decir, evitando los riesgos, combatiéndolos en origen y adaptando el trabajo a la persona–¹²⁶.

Asimismo, hay que hacer referencia a lo previsto por el artículo 206 LGSS, que permite rebajar la edad de jubilación, mediante la aplicación de ciertos coeficientes reductores, «en función de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral de los trabajadores y los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para continuar con el desarrollo de la actividad»¹²⁷. No obstante, este artículo solo es aplicable a casos tasados¹²⁸.

La valoración de los efectos que el envejecimiento del trabajador provoca en el desarrollo de la prestación laboral depende, fundamentalmente, de las capacidades que para su realización requiere cada trabajo en particular y del grado en que se ven afectadas por la edad. En este sentido, aquellos que requieren de capacidades físicas, fuerza, visión, audición (...), al disminuir estas, se pueden ver más afectados que aquellos otros que exigen capacidades cognitivas que, incluso, mejoran con la edad. Con todo, hay que insistir en la idea de que el paso del tiempo cambia la aptitud de las personas, pero no la reduce¹²⁹ de ahí la importancia de la acomodación del puesto de trabajo para un perfecto envejecimiento activo.

de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y su inclusión social, que desarrolló, entre otros, el principio de accesibilidad universal. Esta fue la primera herramienta que estableció como uno de los mecanismos básicos para su aplicación la accesibilidad y el ajuste razonable del puesto de trabajo para las personas con discapacidad. En este sentido, el trabajador que después de una incapacidad temporal, se ve afectado por una incapacidad permanente, convirtiéndose, *ex lege*, en una persona discapacitada, una vez que se reincorpore a la empresa, tiene derecho, *ex artículo* 40.2 del RD-Legislativo 1/2013, a la readaptación del puesto de trabajo, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

¹²⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., «El principio de igualdad en el despido objetivo por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros», en VV. AA. (MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, p. 394.

¹²⁷ *Infra, vid.*, capítulo V, epígrafe 3.2.1.

¹²⁸ Artículo 206 LGSS «La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser rebajada por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca». En concreto, Cuerpo de Ertzaintza, Policías locales, Bomberos, Trabajadores incluidos en el Estatuto minero, Personal de vuelo de trabajos aéreos, trabajadores ferroviarios, Profesionales taurinos, Artistas.

¹²⁹ CHABANNES, M., «Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales ..., *op. cit.*, pp. 309-357.

La LPRL establece las disposiciones mínimas preventivas, en un doble sentido: «el primero, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica»¹³⁰. Asimismo, artículo 2.2 LPRL dispone que «Las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho mínimo necesario indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos». Lo que otorga un destacado papel a las normas convencionales.

Desde luego, la función de la negociación colectiva puede ser muy relevante, pues permitiría compensar la regulación en materia de protección de los trabajadores de edad avanzada especialmente sensibles a determinados riesgos¹³¹. Sin duda, el convenio colectivo constituye el instrumento adecuado, ya que los sujetos negociadores del convenio son los que mejor conocen la realidad empresarial y sectorial y las necesidades específicas en materia de prevención de riesgos¹³². La periodicidad del convenio permite asimismo adaptar y ajustar la prevención de riesgos a la evolución del trabajo, así como a los riesgos emergentes. Así, el convenio podría contemplar medidas que faciliten la integración y la adaptación del puesto de trabajo, por ejemplo, identificando aquellos puestos de trabajo compatibles con las aptitudes de los trabajadores que el convenio colectivo podría albergar. Así mismo, las reglas sobre recolocación o movilidad funcional derivada de la pérdida o disminución de capacidad psicofísica para el trabajo, o derechos de permanencia en la empresa para personas afectadas de ineptitud psicofísica sobrevenida, siempre que haya algún puesto adecuado a su situación, o preferencias de reingreso, o la posibilidad de reducir parte de la jornada dedicada a la actividad principal y completar el resto de la jornada con actividades afines.

3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO A INICIATIVA DEL EMPRESARIO: EL DESPIDO POR LA MAYOR EDAD DEL TRABAJADOR

El Informe de la OMS sobre el envejecimiento y la salud señala que «la pérdida de capacidad generalmente asociada con el envejecimiento solo se

¹³⁰ Exposición de motivos de la LPRL.

¹³¹ GARCÍA NINET J. I. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., «Estado de salud y factores de riesgo en los trabajadores de mayor edad», *Confederación Española de Organizaciones Empresariales*, 2015, pp. 97.

¹³² MERCADER DE UGUINA J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi social*, núm. 14, 2002, pp. 61-62.

relaciona vagamente con la edad cronológica de una persona. No existe una persona mayor típica»¹³³. Por ello, prescindir de la fuerza de trabajo de edad avanzada se considera como una práctica real de *ageism* o edadismo, término con el que se alude al conjunto de prejuicios y estereotipos negativos discriminatorios contra las personas debido a su edad cronológica.

Es indiscutible el hecho de que, debido a los estereotipos, el trabajador maduro está expuesto a una presunción de ineptitud para el trabajo al alcanzar una edad determinada, lo que conlleva, en más casos de los que debiera, la extinción de la relación laboral por esa causa. Ello parece que se opone, frontalmente, al derecho al trabajo reconocido a los ciudadanos en todas las constituciones democráticas y sociales, así como en diferentes instrumentos de Derecho Internacional. Asimismo, se vulnera la prohibición de discriminación por razón de la edad recogida en la Directiva 2000/78/CE y, en la legislación laboral interna, principalmente en los artículos 4.2.c) y 17.1 ET.

A partir de las afirmaciones de la OMS, la pregunta que debe plantearse es si la edad puede ser una causa de extinción del contrato de trabajo. La respuesta jurídica a la misma, en el ordenamiento interno, está contenida en el artículo 49 ET, que lleva por título «extinción del contrato», así como en la disposición adicional décima de la misma Ley. En efecto, ningún apartado del artículo 49.1 ET recoge la edad como causa extintiva expresa de la relación laboral, no obstante, la letra f) prevé la extinción por jubilación del trabajador. Por lo que se refiere a la disposición adicional décima, esta norma permite la extinción del contrato de trabajo, de preverse así en convenio colectivo, al alcanzar el trabajador la edad legal establecida para ello –68 años–, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión y la medida se vincule al relevo generacional en la empresa a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de un nuevo trabajador¹³⁴.

La extinción de la relación laboral por despido fundado en causas objetivas se halla regulada en los artículos 51 y 52 del ET, que contemplan, respectivamente, el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y la extinción del contrato por causas objetivas. A los efectos de este estudio, es relevante el despido por las causas objetivas del

¹³³ «Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud», OMS, 2015. Accesible en, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf;jsessionid=92CDC3309F41CA16ABD38DF26088EA9D?sequence=1, p. VII.

¹³⁴ Excepcionalmente, fruto de la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ese límite puede rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social en actividades económicas con una tasa de ocupación femenina inferior al 20 por ciento, si concurren los requisitos previstos en el apdo. 2 de la DA 10.ª ET.

artículo 52, ya que, a pesar de la objetividad que predica la norma¹³⁵, en ocasiones, operan criterios subjetivos ligados a la edad del trabajador. En concreto, se analizan en los siguientes epígrafes el despido por ineptitud sobrevenida por causas derivadas de la aparición de dolencias crónicas relacionadas con la edad del trabajador; el despido por la falta de adaptación del trabajador maduro a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo o por obsolescencia profesional; y el despido objetivo por causas económicas, técnicas, objetivas o de producción, operado con el objeto último del rejuvenecimiento de la plantilla.

En este sentido, se aprecia cierta incoherencia entre las políticas de sostenibilidad del sistema de pensiones, que apuestan por la prolongación de la vida laboral activa a través de nuevas propuestas de jubilación que retrasan la edad de acceso a la misma, y la normativa en materia de despidos colectivos y objetivos de los artículos 51 y 52 ET. Y, también, con la disposición adicional décima ET, sobre cláusulas de jubilación forzosa pactadas en convenios colectivos, que, además, permite, como medida de acción positiva, rebajar la edad de jubilación forzosa a la edad ordinaria de jubilación en actividades con infrarrepresentación femenina –apdo. 2.º de la disposición adicional décima ET–¹³⁶.

La resolución del contrato de trabajo, evidentemente, también puede producirse por voluntad del trabajador. Así, el artículo 50 ET enumera causas justas que pueden dar lugar a que el trabajador solicite ante el juez la extinción de la relación laboral basada en un incumplimiento grave de las obligaciones del empresario; resolución que dará lugar a una indemnización similar a la del

¹³⁵ Artículo 52 ET: «Extinción del contrato por causas objetivas: el contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento. b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación. c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado. d) derogada. e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.

¹³⁶ MONEREO PÉREZ, J. L., «El principio de igualdad en el despido objetivo por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros...», *op. cit.*, p. 350.

despido improcedente. De la lista de causas de este artículo, llama la atención que el acoso no se recoja expresamente. El acoso laboral por razón de edad es otra forma de expulsar al trabajador maduro del mercado de trabajo, que, por ello, también será objeto de estudio en este capítulo.

3.1 Despido objetivo por ineptitud sobrevenida

El despido objetivo por ineptitud sobrevenida se halla regulado en el artículo 52.a) ET, en virtud del cual el contrato de trabajo podrá extinguirse «por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa». Según precisa la norma, «la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento».

El problema que presenta esta modalidad de despido objetivo es que la «ineptitud» es un concepto jurídico indeterminado que carece de definición legal. Por ello, la doctrina ha intentado suplir este vacío dotando al precepto de contenido. Así, Martín Valverde define la ineptitud como la «ausencia en el trabajador de las condiciones necesarias para desempeñar adecuadamente un determinado trabajo»¹³⁷. Así mismo, la jurisprudencia del TS ha relacionado la ineptitud con «la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo –percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.»¹³⁸. Ambas elaboraciones, doctrinal y jurisprudencial, coinciden en que la ineptitud es la carencia de recursos o facultades para desarrollar de una manera eficiente la prestación de trabajo comprometida. La doctrina judicial, por su parte, ha precisado que la ineptitud justifica el despido objetivo cuando reúne los siguientes requisitos: ha de ser sobrevenida, verdadera, general, de cierto grado, referida al trabajador, permanente y ha de afectar a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos¹³⁹.

¹³⁷ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 30.ª ed., Tecnos, Madrid, 2021, p. 811.

¹³⁸ Vid. STS de 2 de mayo de 1990 –Rec. núm. 1990/3937–, ES: TS:1990:3500; STSJ de Cantabria, de 14 de julio de 2020 –Rec. núm. 307/2020–, ECLI: ES: TSJCANT:2020:610.

¹³⁹ STSJ de Andalucía, de 25 de junio de 2020 –Rec. núm. 97/2019–, ECLI: ES: TSJAND:2020:7671; STSJ de Castilla y León, de 11 de marzo de 2020 –Rec. núm. 38/2020–, ECLI: ES: TSJCL:2020:605; STSJ de Cataluña, de 30 de noviembre de 2018 –Rec. núm. 4943/2018–, ECLI: ES: TSJCAT:2018:10954; y STSJ de La Rioja, de 16 de julio de 2020 –Rec. núm. 70/2020–, ECLI: ES: TSJLR:2020:301.

De manera singular, el TC se ha pronunciado respecto de la presunción de ineptitud del trabajador por razón de su edad, indicando que «no cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esta base, establecerse la extinción de la relación laboral. Pero, dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores, cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen»¹⁴⁰. Entiende, así, el TC que una incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud sobrevenida *iures et de iure* afectaría al contenido esencial del derecho al trabajo entendido como la libertad de trabajar.

Son múltiples las causas que pueden desembocar en la ineptitud sobrevenida del trabajador y solo en contadas ocasiones se hallan vinculadas con la edad del trabajador. No se puede negar que existen casos en que el deterioro físico o psíquico, propio del envejecimiento, puede provocar cambios en el organismo, comprometiendo ciertas aptitudes o el propio rendimiento del trabajador, lo que puede dar lugar a disfunciones laborales o, incluso, afectar a la capacidad para adaptarse a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo. No obstante, no hay que olvidar que la edad es un factor fisiológico y, como tal, no es homogéneo. Por lo tanto, esas circunstancias no pueden extenderse a todo el colectivo de trabajadores que alcanzan una edad determinada, ni convertirse en el motivo para considerar al trabajador incapaz para realizar la tarea encomendada, determinando un despido o avocando al trabajador para que deje «voluntariamente» su puesto de trabajo¹⁴¹. La edad no es equiparable a la falta de rendimiento, por lo que un despido basado únicamente en la edad deberá ser calificado como discriminatorio.

No obstante lo anterior, existe una cierta conexión entre la edad del trabajador y determinadas enfermedades crónicas asociadas a la misma, que, a su vez, pueden dar lugar a incapacidades temporales recurrentes, incidiendo negativamente en el trabajo. Por lo que, a la larga, pueden ser la causa del despido por ineptitud sobrevenida. En este punto, hay que traer a colación la derogación, por la Ley 1/2020, de 1 de julio, del apartado d) del artículo 52 ET, que

¹⁴⁰ STC 22/1981, de 2 de julio, ECLI: ES: TC:1981:22.

¹⁴¹ ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo*, Laborum, Murcia, 2019, pp. 174-178.

contemplaba la extinción de la relación de trabajo debido al absentismo laboral, justificado, por enfermedad. Con dicha derogación, sin duda, se ha puesto coto a extinciones vinculadas a procesos reiterados de IT, a su vez derivadas de patologías del envejecimiento.

En todo caso parece obligado confrontar, por una parte, el derecho de los trabajadores a no ser castigados por circunstancias personales de las cuales no son responsables y, por otra parte, el legítimo interés empresarial en desarrollar su actividad sin tener que asumir los costes derivados de las incapacidades temporales de sus trabajadores. Por ello, el punto de equilibrio entre los intereses de ambas partes deberá estar en la vinculación entre el deterioro de las capacidades laborales del trabajador maduro y la ineptitud sobrevenida, siendo imprescindible una clara conexión causal del despido objetivo del trabajador maduro y las exigencias de capacitación del puesto de trabajo ¹⁴². Siguiendo a Monereo Pérez, es indispensable ampliar las garantías frente al despido del trabajador maduro, reforzando la causalidad y la calificación como nulos de los despidos de los trabajadores que no tengan una causa de entidad suficiente.

Con todo, ello no debería afectar al derecho del empresario a realizar un despido objetivo, fundado, tal vez, en una onerosidad sobrevenida excesiva, que afecte a la causa del contrato de trabajo, si este puede demostrar la existencia de un motivo de peso que pruebe el bajo rendimiento del trabajador y que, además, no existe la opción de recolocación en otro puesto de trabajo ¹⁴³. Para estas situaciones, Martínez-Gijón Machuca propone una nueva causa de despido objetivo a incluir en el artículo 52 ET, el despido por disminución de facultades debido a la senectud, evitando, así, tener que recurrir a la causa de ineptitud sobrevenida que sugiere connotaciones peyorativas, por no decir humillantes, cuando se trata de un trabajador de edad avanzada ¹⁴⁴. No obstante, una causa de ese tenor debería delimitarse restrictivamente, para evitar despidos discriminatorios.

Por otro lado, hay que reinterpretar el artículo 52.a) ET, a la luz del artículo 25 LPRL, es decir, teniendo en cuenta el deber empresarial de garantizar la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico, sean especialmente sensibles a determinados riesgos;

¹⁴² MONEREO PÉREZ, J. L., «El principio de igualdad en el despido objetivo por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros...», *op. cit.*, p. 528.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., «La jubilación forzosa en perspectiva favorable», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016, p. 452.

trabajadores entre los que pueden considerarse incluidos los de edad madura. En este sentido, se deberán evaluar los riesgos y, en función de los mismos, adaptar las condiciones de trabajo o bien proceder a la recolocación del trabajador en otra actividad. Esta exigencia constituye, por tanto, un límite a la libertad del empresario para efectuar un despido por ineptitud sobrevenida. En función del caso concreto, se plantea, de nuevo, la posibilidad de establecer un nuevo derecho, que ostentaría la persona de edad avanzada, de modo que su prestación de trabajo se pueda acomodar a su estado psicofísico ¹⁴⁵.

3.2 Despido objetivo por motivos de obsolescencia profesional

El artículo 52.b) ET contempla la posibilidad de extinción del contrato «por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables» ¹⁴⁶. Se trata del despido objetivo por obsolescencia profesional.

Esta causa de despido podría confundirse con la resolución del contrato por ineptitud sobrevenida ¹⁴⁷, al devenir el trabajador inepto para la realización de la prestación para la que fue contratado por su falta de adaptación a los avances tecnológicos implantados por el empresario. No obstante, tal y como contempla la ley, son dos categorías diferentes, con características propias, tanto sustantivas como formales, que justifican que se configuren como causas de extinción específicas. La diferencia entre la ineptitud sobrevenida del trabajador y la inadaptación a las modificaciones técnicas realizadas en el puesto de trabajo, como causas para llevar a cabo un despido objetivo, está en que la primera se basa en la falta de aptitud del trabajador para realizar con el aprovechamiento suficiente y necesario la prestación de trabajo convenida, y la segunda, en cambio, se fundamenta en la falta de adaptación a las innovaciones tecnológicas implantadas por el empresario para la realización de las fun-

¹⁴⁵ *Supra*, vid. epígrafe 2.3 del presente Capítulo.

¹⁴⁶ Artículo 52. b: «Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación».

¹⁴⁷ BRIONES GÓNZALEZ, M. C., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1995, p. 173.

ciones propias del puesto de trabajo ¹⁴⁸, lo que supone una alteración del contenido de la prestación laboral.

La justificación de esta causa extintiva del contrato de trabajo tiene una doble fundamentación ¹⁴⁹. Por un lado, se basa en el derecho que asiste al empresario para dotar a su empresa de las innovaciones tecnológicas necesarias que puedan repercutir en la mejora de los procesos de producción, y con ello, en la actividad de la empresa ¹⁵⁰. Y dicho despido, por otro lado, atiende al deber implícito del trabajador de su propio perfeccionamiento profesional. En este sentido, el artículo 5.e) ET impone al trabajador el deber básico de contribuir a la mejora de la productividad ¹⁵¹.

No obstante, hay que puntualizar algunas cuestiones. En primer lugar, únicamente son justificables las extinciones con base en modificaciones tecnológicas razonables y tras el transcurso de un periodo de tiempo de dos meses al menos desde que se introdujo el cambio, o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación; tiempo que puede servir para comprobar la falta de adaptación efectiva, irreversible y definitiva ¹⁵². En segundo lugar, la modificación debe afectar al puesto de trabajo habitual del trabajador, no siendo posible la aplicación de este régimen a supuestos de movilidad funcional o modificación sustancial de las condiciones de trabajo ¹⁵³. Por último, el empresario tiene el deber de proporcionar al trabajador la formación necesaria para facilitar su reconversión profesional y la adaptación a las modificaciones operadas, de modo que aquella le capacite para manejar la nueva tecnología ¹⁵⁴. Su duración puede variar en función de las necesidades; con todo, el tiempo destinado a la formación ha de considerarse tiempo de trabajo efectivo, abonándose al trabajador el salario medio que venía percibiendo.

En cualquier caso, el problema al que se enfrentan los trabajadores maduros cuando se implementan modificaciones tecnológicas es que los empre-

¹⁴⁸ Vid., entre otras, STSJ de Cantabria, de 20 de junio de 2007 –Rec. núm. 475/2007– ECLI: ES:TSJCANT:2007:56.

¹⁴⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en VV. AA. (Coords.: ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEJARRETA, F.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 9-18.

¹⁵⁰ POQUET CATALÁ, R., «La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014, pp. 67-90.

¹⁵¹ ALZAGA RUIZ, I., «El despido del trabajador por falta de adaptación a las modificaciones técnicas en su puesto de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011, pp. 109 ss.

¹⁵² DEL VALLE, J. M. y LÓPEZ AHUMADA, J. E., «Innovación tecnológica y contrato de trabajo. Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo por motivos tecnológicos», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2008, pp. 341-358.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Los artículos 4.2.b) y 23.1.d) ET aluden al derecho de los trabajadores a la formación necesaria para adaptarse a los cambios en el puesto de trabajo.

sarios son reacios a invertir recursos económicos en la formación de estos trabajadores con edades próximas a la jubilación. Incluso, por qué no decirlo, a veces, son los propios trabajadores quienes consideran innecesario formarse. Esta actitud puede derivarse de la mayor dificultad que presentan algunos de ellos para el aprendizaje, tal vez, por los cambios neurológicos debidos a la edad, lo que contribuye a su reticencia a la formación. Y pesa también el miedo a no conseguir adaptarse a los cambios, a pesar de recibir la formación necesaria, exponiéndose a un despido objetivo por obsolescencia profesional ¹⁵⁵.

3.3 Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Reestructuración y rejuvenecimiento de plantillas

El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –ETOP– está recogido en los artículos 51.1 y 52.c) ET., dependiendo, el recurso a una u otra modalidad de despido, del número de trabajadores a los que afecte la extinción contractual. De modo que, atendiendo a las mismas causas, mientras que el artículo 51.1 ET regula el despido colectivo ¹⁵⁶, el artículo 52.c) ET lo hace con el despido objetivo ¹⁵⁷, cuando este afecte a un número de trabajadores inferior al señalado para el despido colectivo. Como es obvio, aunque el despido no pueda ser calificado como colectivo por no alcanzar los umbrales establecidos en el artículo 51.1, el despido objetivo del artículo 52.c) puede ser un despido plural que afecte a varios trabajadores.

Estos dos artículos se han convertido en los instrumentos clave para llevar a cabo reestructuraciones de empresas que frecuentemente afectan a trabajadores de edad madura. La discriminación por razón de edad está vetada tanto por el ordenamiento jurídico interno –artículo 14 CE, artículos 4.2.c) y 17.1 ET–, como por el europeo –Directiva 2000/78/CE–, por lo que, la edad no puede ser la causa que justifique el despido de trabajadores. Con todo, y aunque estas modalidades de despido deben estar fundamentados, exclusivamente, en causas ETOP, en la práctica, la edad se erige en criterio de selección para determinar

¹⁵⁵ ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo...*, op. cit., p. 181.

¹⁵⁶ Se entenderá por despido colectivo la extinción de contrato de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, objetivas y de producción, cuando en un período de noventa días la extinción afecte, al menos: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

¹⁵⁷ Artículo 52.c): «El contrato podrá extinguirse... cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo».

qué trabajadores se van a ver afectados por un expediente de regulación de empleo. Así, en muchas ocasiones, con el fin de obtener una plantilla más estable, las extinciones se concentran en los trabajadores que tienen una expectativa de trayectoria laboral en la empresa más corta, y cuentan con una mayor protección del sistema de Seguridad Social. Así mismo, para reducir costes laborales, otro criterio que también influye en la selección de trabajadores para el despido es el de la antigüedad en la empresa. Criterio que también incide, aun indirectamente, en los trabajadores maduros, al ser generalmente los más antiguos.

Todo ello contribuye a la conformación de un mercado laboral, que se torna inestable para estos trabajadores, que se ven expulsados del mismo a edades más tempranas de lo que sería deseable, lo que se antoja desproporcionado e injusto¹⁵⁸. Son, en efecto, trabajadores de difícil recolocación, que, a mayor abundamiento, resultan una carga económica para nuestro sistema de protección social, ya de por sí, debilitado, prácticas que «están entre el mal menor y el daño insostenible»¹⁵⁹.

Con la pretensión de reducir las dimensiones de este tipo de despidos, el legislador ha intervenido instaurando medidas que persiguen desincentivarlos. Así, el artículo 51.5 ET permite establecer prioridades de permanencia a favor de determinados colectivos, entre los que se encuentran el de trabajadores maduros, si así se prevé en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas o en el convenio colectivo.

Por otro lado, cuando el despido colectivo afecte a personas de 55 o más años, el artículo 51.9 ET obliga a la parte empresarial a suscribir un convenio especial destinado a mejorar sus pensiones de jubilación, salvo cuando la medida derive de un procedimiento concursal¹⁶⁰. Asimismo, hay que hacer referencia a la disposición adicional decimosesta, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, en virtud de la cual se obliga a las empresas con beneficios a realizar aportaciones económicas al Tesoro Público cuando realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta años o más¹⁶¹.

¹⁵⁸ Vid. MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 69-80.

¹⁵⁹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Entre el mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016, pp. 359-407.

¹⁶⁰ La DA 31 LGSS y el artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, definen el régimen jurídico de este convenio especial.

¹⁶¹ La exposición de motivos del RD 1484/2012, de 29 de octubre, explica detalladamente el porqué de esta medida: «Las razones del establecimiento de esta aportación se encuentran en la necesidad de

Llama la atención esta habitual práctica de despido, objetivo o colectivo, por razón de la edad, dada las dificultades que tienen estos trabajadores para encontrar otro empleo ¹⁶², lo que en muchos casos supone la salida definitiva del mercado laboral y un daño irreparable a este colectivo, verdaderamente, desfavorecido ¹⁶³. Y también es muy significativo que la pérdida del empleo de personas trabajadoras en edades cercanas a la jubilación, generalmente, no haya sido considerada por los tribunales discriminatoria, ni contraria al principio de igualdad, como si su derecho al trabajo estuviera agotado por su prolongado ejercicio ¹⁶⁴.

El TC, en una sentencia de 13 de abril de 2015 ¹⁶⁵, cuestionó esta práctica y, en un principio, parece que dio un paso adelante para limitarlas. La resolución corrige, de alguna manera, el criterio consolidado utilizado tanto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS ¹⁶⁶, como por tribunales inferiores ¹⁶⁷, en cuya virtud la elección de trabajadores de edad avanzada en las regulaciones de empleo extintivas se justificaba por tratarse de personas próximas a la jubilación y, por tanto, con una expectativa laboral más corta ¹⁶⁸. Esta doctrina fue el objeto del recurso de amparo interpuesto ante el TC, por cuatro trabajadoras, invocando discriminación por edad al incluir la entidad pública que efectuaba el ERE a todo el personal mayor de 55 años, y justificaba la utilización de la edad como uno de los criterios de selección también por «el menor perjuicio que podía ocasionar a los propios trabajadores» frente a trabajadores más jóvenes, al quedar protegidos por el artículo 51.9 ET y beneficiar-

atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica, aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual».

¹⁶² CES, *La situación sociolaboral de las personas de 45 a 64 años de edad*, CES, Informe núm. 2, 2014, Madrid, 2014, pp. 89-94.

¹⁶³ OLARTE ENCABO, S., «Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos...», *op. cit.*, pp. 81-97.

¹⁶⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La extinción del contrato y las personas de edad avanzada: las causas objetivas», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016, p. 356.

¹⁶⁵ STC 66/2015, de 13 de abril, ECLI: ES: TC:2015:66.

¹⁶⁶ En este sentido, STS de 9 de marzo de 2011 –Rec. núm. 3980/2009–, ECLI: ES: TS:2011:873.

¹⁶⁷ Entre otras, STSJ de Canarias de 26 de febrero de 2003, que considera conforme a derecho fijar la edad de 59 años como un criterio objetivo para determinar qué trabajadores quedan afectados por un ERE y la STSJ de Valencia de 2 de mayo de 2013, que se refiere a una edad de 55 años.

¹⁶⁸ SOLÁ MONELLS, X., «La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: El obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la Jurisprudencia interna», *Documentos laborales*, vol. 4, núm. 112, 2017, pp. 49-65.

se de su acceso más temprano a la prestación de jubilación, con convenio especial con la Seguridad Social.

Frente a esta argumentación, el TC declaró el primero de los criterios como insuficiente. No obstante, entendió que la edad próxima a la jubilación sí podía ser un criterio objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores, si se cumplían determinadas exigencias. En este sentido, afirma que «la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que, en ningún, caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación». Con todo, el TC, en línea con la norma que excluye la existencia de discriminación por razón de edad si la medida cumple con los requisitos de justificación y proporcionalidad¹⁶⁹, resolvió que «la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado», por lo que concluye que «la utilización de dicho criterio no vulnera el artículo 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad». Entre las medidas previstas en el caso de autos, destaca la financiación del convenio especial de la Seguridad Social, la posibilidad de percibir el subsidio de desempleo, una vez agotada la prestación de desempleo –si se cumplen los requisitos de limitación de ingresos–, así como el establecimiento de mejoras voluntarias de la prestación de desempleo para los trabajadores de mayor edad, incrementando su duración cuanto mayor fuera la edad del trabajador. Desestima, por tanto, el recurso de amparo.

No obstante, en resoluciones posteriores de tribunales inferiores¹⁷⁰, se observa que la recepción de esta sentencia no ha sido la esperada. En este sentido, sorprende, cuando menos, la frase con la que finalizan todas ellas: «obviando la duda razonable que puede surgir sobre si estas hipotéticas mejoras son suficientes para compensar el perjuicio sufrido por un trabajador de 59

¹⁶⁹ El Tribunal Constitucional, pese a conocer el esquema utilizado por el TJUE por lo que a discriminación por razón de la edad se refiere, esto es, legitimidad del objetivo de política social perseguido y proporcionalidad de los medios utilizados en este orden, entró a examinar la proporcionalidad de la medida, es decir, la afectación de trabajadores maduros, sin haber identificado primero el objetivo de política social que lo justificara.

¹⁷⁰ En este sentido, *vid.* las resoluciones de TSJ de Andalucía –Sevilla–, que resuelven el despido colectivo realizado por el Ayuntamiento de Jerez, en las que se descarta la existencia de discriminación por razón de edad tomando como referencia la STC 66/2015, de 13 de abril. Por todas, STSJ de Andalucía –Sevilla– de 8 de marzo de 2017 –Rec. núm. 1.204/2016–, ECLI: ES: TSJAND:2017:4076.

años, consideramos que las medidas otorgan la apariencia de trato proporcionado y no discriminatorio». Así, parece que, a pesar de recogerse las exigencias señaladas por el TC para descartar la discriminación por razón de la edad, la aplicación al caso concreto no ha sido consecuente con la misma¹⁷¹.

En tiempos de crisis, el colectivo de trabajadores maduros son el activo precario que soporta la permanente amenaza de despido, inaceptable, por discriminatoria, a la vez que costosa para el erario público. Al tramitar los expedientes de regulación de empleo, los negociadores continúan afectando, mayoritariamente, a los trabajadores próximos a la edad de jubilación –desatendiendo el impacto real que provoca–, con el visto bueno de los tribunales sociales¹⁷². Por ello, se pretende que estos procesos extintivos se desarrollen en un marco de reestructuraciones socialmente responsables, que tengan en cuenta las particularidades de este colectivo especialmente vulnerable¹⁷³. En muchos casos, estos trabajadores se encuentran en etapas vitales, con, todavía, cargas económicas importantes a las que hacer frente fuera del mercado laboral. La preocupación social por estos trabajadores y, consecuentemente, por las políticas de empleo que les afectan deberán convertirse en reformas de mayor calado que eviten que las prácticas de mal menor continúen vulnerando sus derechos¹⁷⁴.

Es necesario establecer medidas que contribuyan a dar un giro a ciertas políticas empresariales y que fomenten la búsqueda de soluciones alternativas de forma que el trabajador no se vea expulsado del mercado laboral a una edad en el que su reingreso sería casi imposible. Así, el despido de trabajadores de más de 55 años solo podría ser calificado como procedente o nulo, eliminando, para este rango de edad, el despido improcedente¹⁷⁵. De este modo, la edad se configuraría como el elemento subjetivo que impide, cuando no concurre la causa objetiva alegada por el empleador, que se consume un despido indemnizado. Siguiendo a Tortuero Plaza, la extinción del contrato de un trabajador de más de 55 años podría, así, conformar un nuevo supuesto de nulidad objetiva de decisión extintiva, vedado *ex* artículo 53.4 ET, en relación con la extinción por causas objetivas, y *ex* artículo 55.5 ET, respecto del despido disciplinario¹⁷⁶.

¹⁷¹ SOLÁ MONELLS, X., «La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos...», *op. cit.*, pp. 49-65.

¹⁷² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Entre el mal menor y el daño insostenible...», *op. cit.*, p. 407.

¹⁷³ *In extenso*, LÓPEZ CABALLERO, A., *Reestructuraciones socialmente responsables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 132-170.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ TORTUERO PLAZA, J. L., *La reforma de la jubilación...*, *op. cit.*, pp. 349 ss.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

Por otro lado, como alternativa, deberían establecerse medidas para fomentar la transformación del contrato de trabajo a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial –con mantenimiento de cotizaciones a la Seguridad Social a través de algún tipo de convenio–, equilibrando, de este modo, los intereses de las partes¹⁷⁷. El trabajador afectado por la transformación de su contrato pasaría a cobrar una prestación reducida de desempleo y, además, sería incluido en programas de formación para la reinserción en otra empresa¹⁷⁸. Asimismo, en supuestos de expedientes de regulación de empleo que incluyan a trabajadores de cincuenta y cinco, o más años de edad, la financiación del convenio especial del artículo 51.9 ET correrá a cargo, exclusivamente, del empresario, hasta la edad ordinaria de jubilación que le corresponda al trabajador, por lo que habría que reformular la disposición adicional decimotercera de la LGSS.

No obstante, hay que señalar que este tipo de medidas, tal vez, no puedan ser viables para las pequeñas empresas, por lo que habría que tratar de proveer alguna solución especial para ellas.

4. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR. EL ACOSO LABORAL POR RAZÓN DE LA EDAD

La Ley 15/2022, de 15 de julio, integral para la igualdad de trato y discriminación define el acoso discriminatorio, *ex* artículo 6.4, como «cualquier conducta realizada (...) con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo» por cualquiera de las causas referidas en la Ley, entre las que figura, expresamente, la edad¹⁷⁹. El acoso es laboral cuando este tipo de conductas las sufre la persona trabajadora en el entorno de trabajo¹⁸⁰.

El acoso laboral discriminatorio por razón de la edad se produce cuando, probablemente de manera indirecta, se presiona a un trabajador de edad avanzada a cancelar «voluntariamente» su contrato de trabajo, en ocasiones, con

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Las causas de discriminación previstas en la Ley, *ex* artículo 2.1, son «nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

¹⁸⁰ La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, también contiene el concepto de acoso, *ex* artículo 28.

algún tipo de incentivo y, evidentemente, sin que medie despido¹⁸¹. Frecuentemente, cuando el trabajador persiste en su negativa para abandonar su empleo, es sometido a ciertas prácticas, reiteradas en el tiempo¹⁸², que tienen el objetivo doloso de minar y anular su autoestima, de manera que, finalmente, se desencadene un proceso patológico depresivo o incluso se vea abocado a solicitar la extinción de la relación laboral, o a suscribir acuerdos de prejubilación¹⁸³, lo que bien podría calificarse como un «perverso» despido indirecto. Esta conducta, de acoso laboral por razón de la edad, está tipificada, entre otras causas, por el artículo 8.13 bis) LISOS como una infracción muy grave, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma¹⁸⁴. Supone, en todo caso, un incumplimiento grave del deber *in vigilando* del empresario. En efecto, la LPRL establece el derecho de los trabajadores a tener una protección integral en materia de seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo¹⁸⁵. Lo que obliga al empresario a emprender todas las acciones necesarias para preservar al trabajador de cualquier daño en el ámbito laboral, en particular, de cualquier tipo de acoso, garantizando un ambiente de trabajo sano y libre de riesgos profesionales, incluidos los de naturaleza psicológica¹⁸⁶.

Cuando se producen este tipo de situaciones, el trabajador afectado puede solicitar, *ex* artículo 50 ET, la resolución del contrato. Así, el acoso se considera una causa justa para pedir la resolución contractual indemnizada como si se tratara de un despido improcedente¹⁸⁷. Con todo, el artículo 50 ET debería ser más preciso, e incluir, de manera explícita, el acoso laboral entre las causas que dan lugar a la solicitud de la extinción del contrato de trabajo. Asimismo, *sensu contrario*, si la víctima de acoso ha sido objeto de despido, puede recurrir a los tribunales para solicitar la nulidad del mismo por discriminación.

¹⁸¹ *Supra*, *vid.* Capítulo I, epígrafe 3.5.

¹⁸² CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo», en AA. VV. (Coord.: CORREA CARRASCO, M.), *Acoso moral en el trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 41 ss.

¹⁸³ En este sentido, *vid.* CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M. B., «La discriminación por edad sobre las mujeres mayores», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 59, 2019, pp. 30-39.

¹⁸⁴ Artículo 8.13 bis) LISOS: «Son infracciones muy graves (...) el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

¹⁸⁵ Artículo 14 LPRL.

¹⁸⁶ *Vid.*, en este sentido, STC 62/2007, de 17 de marzo, ECLI: ES: TC:2007:62, y STC 160/2007, de 2 de julio, ECLI: ES: TC:2007:160. Estas resoluciones indican que la LPRL es de plena aplicación a los casos de riesgo psíquico.

¹⁸⁷ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 862.

Las conductas de acoso discriminatorio, en la medida que infringen el artículo 14 CE, pueden dar lugar a otro tipo de actuaciones. Así, *ex* artículo 177 LRJS, el trabajador acosado puede acudir a un procedimiento de tutela de derechos fundamentales¹⁸⁸. La sentencia del proceso declarará si ha existido vulneración del derecho y, en ese caso, el juzgador se pronunciará «sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados»¹⁸⁹.

Así mismo, además de las responsabilidades administrativas señaladas en la LISOS –sancionadas con multas pecuniarias de 7.501 a 30.000 euros en su grado mínimo, y de 120.006 a 225.006 euros en su grado máximo¹⁹⁰–, el acoso laboral puede generar responsabilidad penal –al ser el acoso grave un delito tipificado en el artículo 173.1 CP, que lleva aparejada una pena de prisión, desde seis meses a dos años–.

A efectos de prestaciones de la Seguridad Social, cuando el acoso discriminatorio desencadena un proceso depresivo, debe considerarse accidente de trabajo, ya que se puede encuadrar en uno de los supuestos recogidos en el artículo 156.2.e) LGSS –enfermedades no profesionales «que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo»–. Así, la depresión por acoso, al tratarse de una enfermedad, no profesional¹⁹¹, contraída por el trabajador con motivo de la realización de la prestación de trabajo, es un

¹⁸⁸ Artículo 177 LRJS: «1. Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios (...) 4. La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias».

¹⁸⁹ Artículo 187 LRJS.

¹⁹⁰ Artículo 40.1.c) LISOS.

¹⁹¹ El artículo 157 LGSS entiende por enfermedad profesional «la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por

accidente de trabajo siempre que se pueda probar el nexo causal, es decir, que la causa exclusiva de la enfermedad fue la ejecución del trabajo. En este sentido, la doctrina judicial, ante la carencia de una regulación básica sobre este tipo de riesgos, suele reconocer las enfermedades psíquicas derivadas de conductas de acoso como accidentes de trabajo, dado que la baja laboral es debida a una patología causada por el ambiente y las condiciones de trabajo¹⁹².

Ciertamente, la jurisprudencia en materia de acoso discriminatorio por razón de edad es escasa. A modo de ejemplo, se trae a colación la STSJ de Madrid, de 4 de abril de 2006¹⁹³, en la que el Tribunal madrileño reconoció el acoso discriminatorio sufrido por un trabajador maduro, en el que la edad fue el factor de discriminación¹⁹⁴. Este fue cesado en sus funciones habituales, descendido a un nivel inferior del organigrama ejecutivo de la empresa, y situado jerárquicamente por debajo de una persona con menor nivel profesional que el suyo. Se le privó, además, del despacho que ocupaba, a pesar de existir varios espacios vacíos en el mismo centro de trabajo. Todo ello se produce al tiempo que la empresa desarrollaba una política de jubilaciones y bajas incentivadas para los trabajadores de mayor edad que ocupaban puesto de jefatura, fruto de la cual se cesó a ocho de los trece jefes mayores de cincuenta y cinco años. El Tribunal apreció la existencia de una conducta vulneradora y lesiva del derecho a la no discriminación por razón de edad en concurrencia con otra de acoso laboral, guardando, ambas conductas, una relación de instrumentalidad. El fallo ordenó su cese, así como la reposición del trabajador a una actividad laboral acorde con su categoría y el derecho a una indemnización.

5. LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL TRABAJADOR MADURO VÍCTIMA DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SU EDAD

La Directiva 2000/78/CE obliga a los Estados miembros a disponer de un régimen de medidas sancionadoras y de recursos que garanticen que se cumpla

las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional».

¹⁹² En este sentido, *vid.*, STSJ Andalucía de 1 de junio de 2017, ECLI: ES: TSJAND:2017:5760, STSJ de Galicia de 26 de mayo de 2017, ECLI: ES: TSJGAL:2017:3878 y STSJ de Galicia de 10 de septiembre de 2015, ECLI: ES: TSJGAL:2015:6698.

¹⁹³ STSJ de Madrid de 4 de abril de 2006, ECLI: ES: TSJM:2006:3179.

¹⁹⁴ Este asunto también fue resuelto en vía penal. Sobre el caso, *vid.*, *in extenso*, VÁZQUEZ, M. y MARCOS GONZÁLEZ, J. I., «El acoso discriminatorio por razón de edad. Análisis de un caso real», VV. AA. (Coord.: Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación), *El envejecimiento de la población trabajadora. Balance crítico de la situación y propuestas de mejora*, Lettera publicaciones, 2018, pp. 269-280.

el objetivo de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral. No obstante, los Estados disponen de libertad para establecer las sanciones que estimen oportunas, siempre que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, y se brinde la posibilidad de que la víctima de discriminación sea indemnizada para reparar el daño causado¹⁹⁵. Asimismo, deben garantizar que se puedan emprender las acciones judiciales o administrativas, incluso procedimientos extrajudiciales, de modo que aquellas personas que estimen que se ha vulnerado su derecho fundamental puedan iniciar una reclamación para que se les repare el daño infligido¹⁹⁶.

El Informe conjunto de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y de 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 ocupación¹⁹⁷, refleja las incidencias iniciales de los Estados miembros en relación con las sanciones previstas y su alcance. El Informe concluye que, por lo general, las sanciones previstas por los ordenamientos internos resultan apropiadas.

En el Derecho interno español, el principio de igualdad de trato y no discriminación, contenido en el artículo 14 CE, encuentra protección a través de diversas medidas. En efecto, las garantías se concretan, fundamentalmente, en la obligatoriedad del establecimiento de normas preventivas, la existencia de un sistema sancionador o el reconocimiento de principios de actuación de los poderes públicos, así como medidas específicas de fomento de la igualdad que garanticen una aplicación real y efectiva del principio. En este sentido, dada la existencia en el ámbito laboral de una específica tutela procesal que permite exigir los derechos reconocidos por las normas sustantivas, se han establecido los procedimientos judiciales oportunos para que cualquier trabajador que vea vulnerado su derecho a no ser discriminado, incluso tras la extinción de la relación laboral, pueda reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho principio¹⁹⁸.

La posibilidad de tutela jurisdiccional contra cualquier medida que infrinja la prohibición de discriminación por razón de edad, se encuentra en la

¹⁹⁵ Artículo 17 Directiva 2000/78/CE.

¹⁹⁶ Artículo 9 Directiva 2000/78/CE.

¹⁹⁷ Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52014DC0002>

¹⁹⁸ NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente», *Relaciones Laborales*, núm. 25, 2012, pp. 19-52.

confluencia de los artículos 14 CE y 17 del ET¹⁹⁹. Así, la tutela del principio de igualdad y no discriminación, en el ámbito laboral, se concreta en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, regulada en el capítulo XI del Título II del Libro segundo de la LRJS, mediante el establecimiento de garantías específicas para la defensa de dicho derecho fundamental en la jurisdicción social ordinaria²⁰⁰. Y, por su parte, el artículo 17 ET prevé la nulidad radical de todos aquellos preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que den lugar, en el empleo o en las condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables, entre otras causas, por razón de edad, en particular en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo.

Así, en la jurisdicción social ordinaria, el juez puede ordenar, bien el cese inmediato de toda actuación contraria al derecho fundamental, bien la obligación de interrumpir la conducta discriminatoria, o bien, en el caso de discriminación por omisión, que se realice la actividad omitida. No obstante, en las conductas discriminatorias por omisión, como puede ser la no contratación por razón de edad, presentan las dificultades propias de la coercibilidad, habida cuenta de que la reparación del derecho constituye una obligación de hacer, lo que no parece factible dado el carácter personalísimo de la misma²⁰¹.

La reciente Ley 15/2022 también ofrece las garantías adecuadas para la defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Así, dispone, *ex* artículo 28, la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho, lo que comprende, entre otras acciones, «la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal».

El artículo 53.2 CE garantiza la posibilidad de «recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del

¹⁹⁹ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 51 ss.

²⁰⁰ Artículos 177 a 184 LRJS.

²⁰¹ FITA ORTEGA, F., «La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, p. 84.

Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad». Y, como garantía jurisdiccional añadida, cuando no se haya reparado la lesión del derecho en la jurisdicción social ordinaria, el artículo 53.2 CE, *in fine*, deja abierta la posibilidad de solicitar el amparo del TC. Se exige para ello que las actuaciones soportadas por el trabajador sean contrarias al principio de igualdad y no discriminación y que, además se cumplan los requisitos previstos en el artículo 44 LOTC para la interposición de la demanda de amparo, que tiene una tramitación procesal compleja²⁰².

Así mismo, también puede interponerse recurso de amparo cuando la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación se realice a través de disposiciones, actos jurídicos, omisiones, o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, Comunidades Autónomas y otros órganos territoriales corporativos o institucionales, así como de sus funcionarios o agentes²⁰³.

Por último, cuando sea una ley, disposición o acto con fuerza de ley la que vulnere el principio de igualdad, los sujetos legitimados para ello pueden interponer un recurso de inconstitucionalidad²⁰⁴, dentro del plazo establecido que, como norma general, es de tres meses desde su publicación²⁰⁵. No obstante lo anterior, transcurrido este plazo, si un órgano jurisdiccional advirtiera, en un proceso, que la ley o norma con rango de ley aplicable, de cuya validez dependa el fallo del tribunal, pudiera ser contraria a la Constitución, podría interponer ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad²⁰⁶.

Por lo que se refiere a la naturaleza de las indemnizaciones que pueden recibir las víctimas de discriminación, la reparación del daño exige indemnizar a la víctima por los perjuicios causado y alcanzar la igualdad efectiva de oportunidades. En este sentido, en el asunto Arjona Camacho²⁰⁷, en relación con la vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo, el Tribunal

²⁰² Los requisitos exigidos por el artículo 44 LOTC son los siguientes: «a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello». Finalmente, el plazo para interponer el recurso de amparo es de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

²⁰³ Artículo 41.2 LOTC.

²⁰⁴ Artículos 161.1.a) y 162.1.a) CE y artículos 31 ss. LOTC.

²⁰⁵ Artículo 33 LOTC.

²⁰⁶ Artículo 163 CE y artículos 35 ss. LOTC.

²⁰⁷ Asunto Arjona Camacho, STJUE de 17 de diciembre de 2015, C-407/14, EU: C:2015:831.

a quo planteó al TJUE una cuestión prejudicial para determinar, si era admisible solicitar una indemnización por daños punitivos, además de la pertinente de daños y perjuicios. El Alto Tribunal resolvió que los Estados miembros gozan de libertad para elegir introducir en sus ordenamientos las medidas pecuniarias que prevean el abono de una indemnización adecuada al daño sufrido. No obstante, no hace referencia expresa al abono de daños punitivos, pero tampoco los prohíbe.

El problema fundamental que afecta a este tipo de indemnizaciones es la cuantificación o valoración económica para el resarcimiento del daño moral, lo que se deja a la decisión y discrecionalidad del juez²⁰⁸. Con todo, para determinar la indemnización que corresponde a las víctimas de discriminación, los tribunales españoles siguen las cuantías previstas por la LISOS, en función de la tipificación y la gravedad de la conducta²⁰⁹.

Las conductas discriminatorias, en ocasiones, son difíciles de demostrar ya que suelen aparecer disfrazadas de una aparente legitimidad, una dificultad añadida para aportar los indicios que den lugar a la inversión de la carga de la prueba y obtener la tutela adecuada del derecho²¹⁰. Con todo, cuando se llega a un proceso judicial para dirimir un conflicto, la sentencia da solución al mismo, pero, en general, no se detiene a analizar el porqué de este tipo de conductas. Por ello, frente a la tutela reparadora del daño, lo ideal sería actuar de manera preventiva, para lo que es esencial conocer el origen de las mismas. En este sentido, la introducción de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, como la conciliación y la mediación, permitirían analizar las causas y, tal vez, evitar futuras lesiones del derecho²¹¹.

La edad como posible causa de discriminación laboral ha dado lugar a una diversidad de pronunciamientos judiciales, en materia, principalmente, de contratación, modificación sustancial de condiciones de trabajo, despido o jubilación. A modo ilustrativo, destacan tres de ellas. En primer término, la SJS de Madrid de 18 de noviembre de 2020, que declara nulos, por discriminatorios, los despidos objetivos de los trabajadores de 50 años en adelante, con imposición de una indemnización adicional por daños morales a modo de resarcimiento. En segundo lugar, la SJS de Valladolid de 24 de octubre de 2022, que declara la discriminación por causa de la edad de la demandante, en este caso, en materia de asistencia sanitaria y de integridad física. En tercer térmi-

²⁰⁸ FITA ORTEGA, F., «La tutela del derecho a la no discriminación...», *op. cit.*, p. 85.

²⁰⁹ STC de 5 de febrero de 2013, ECLI: ES: TC:2013:817.

²¹⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F., «La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005, p. 36.

²¹¹ FITA ORTEGA, F., «La tutela del derecho a la no discriminación...», *op. cit.*, pp. 85-86.

no, la STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2022, que estima la demanda de nulidad de un despido objetivo por resultar discriminatorio por razón de edad. El fallo declara la existencia de indicios suficiente que determinan la violación del derecho fundamental alegado.

6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO HERRAMIENTA PARA EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MADUROS

La UE, consciente del poder de los interlocutores sociales, ha invitado a los Estados miembros a que adopten «las medidas adecuadas para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato», lo que incluye, por tanto, la no discriminación por razón de edad²¹². La negociación colectiva, por sus características, es uno de los medios que permite hacer real la igualdad y no discriminación en los lugares de trabajo y, asimismo, la herramienta para el mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad avanzada²¹³. En este sentido, los interlocutores sociales, por su proximidad al trabajador, pueden acotar más fácilmente las medidas más efectivas contra la discriminación²¹⁴ que contribuyan al mantenimiento del empleo de las personas de edad, propiciando su eficacia, sin perjuicio de la responsabilidad social empresarial²¹⁵. Asimismo, en materia de prevención de riesgos laborales²¹⁶, los convenios colectivos, por su periodicidad, se pueden adaptar con facilidad a la evolución del trabajo y, por tanto, ajustar dicha prevención a los nuevos tipos de trabajo y riesgos emergentes y, de esta forma, cubrir la escasa regulación de protección de los trabajadores maduros especialmente sensibles a determinados riesgos laborales²¹⁷.

²¹² Artículo 13 de la Directiva 2000/78 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.

²¹³ Vid. ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C., «El tratamiento de género y la no discriminación en el empleo. Balance de situación» en VV. AA: (Coord.: ESCUDERO RODRIGUEZ, R. J.), *La negociación colectiva en España: Un enfoque multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 238-239.

²¹⁴ PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), Madrid, 1993, pp. 185-186.

²¹⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., «Las medidas de mantenimiento del empleo de las personas de edad en la negociación colectiva (2012-2016)», en *El impacto de la normativa en el empleo de las personas de edad. Evaluación y propuestas de mejora, Documentación Laboral*, núm. 112 (Extraordinario), vol. IV, Cinca, 2017, pp. 87-102.

²¹⁶ MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi social*, núm. 14, 2002, pp. 61-62.

²¹⁷ GARCÍA NINET, J. I. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., «Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad», *Confederación Española de Organizaciones Empresariales*, núm. 97, 2015, pp. 38-44.

En España, la negociación colectiva no ha incidido en las políticas de empleo de los trabajadores maduros. Sin embargo, en los acuerdos de ordenación de la negociación colectiva sí se hacen referencias a este colectivo, en relación a la necesidad de fomentar la contratación de personas mayores de 45 años, o la posibilidad de pactar la jubilación obligatoria por convenio al alcanzar la edad exigida²¹⁸ y, asimismo, para favorecer la calidad del empleo o la exigencia de evitar la discriminación de las personas de edad avanzada en el acceso y mantenimiento del empleo²¹⁹. Así, el II Acuerdo para el empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014²²⁰ destacaba como objetivo prioritario el mantenimiento del empleo y la recuperación, y mantenía ya la habilitación para establecer por convenio la jubilación forzosa. Asimismo, consolidaba la jubilación parcial y el contrato de relevo como el medio adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas, lo que despertó un amplio debate doctrinal²²¹. Posteriormente, tras la reforma laboral de 2012, en el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2018-2020²²², los interlocutores sociales acordaron, en el Anexo dedicado a la jubilación, «instar a la administración para que realice los cambios legales que permitan que los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que el trabajador afectado tenga derecho a la pensión completa de jubilación, con el fin de facilitar el relevo generacional y vinculado a objetivos de políticas de empleo». En esta línea, el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre²²³ restableció la disposición adicional décima del ET que otorga a la negociación colectiva la facultad de

²¹⁸ Igual o superior a 68 años, en general, de acuerdo con la DA 10.ª ET tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

²¹⁹ *Vid.* el apartado Igualdad de trato y oportunidades –capítulo VI– en la Resolución de 7 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005, BOE, núm. 64, de 16 de marzo de 2005 y en la Resolución de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007, BOE, núm. 48, de 24 de febrero de 2007.

²²⁰ Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013, 2014, BOE de 6 de febrero de 2012.

²²¹ Entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «El II Acuerdo para el empleo y la negociación Colectiva», *Temas Laborales*, núm. 115, 2012, pp. 55-84, y ELORZA GUERRERO, F., «La negociación colectiva: Análisis de situación», en VV. AA. (ELORZA GUERRERO, F., y FERNÁNDEZ ROCA, F. J.), *El mantenimiento del empleo en los trabajadores de edad avanzada en Andalucía*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 151-154.

²²² Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018.

²²³ RD-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.

establecer cláusulas convencionales de extinción del contrato de trabajo una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación ²²⁴.

Con todo, para cumplir con las recomendaciones de la UE, se han establecido algunas otras medidas convencionales que, en principio, pretenden alargar la vida laboral de los trabajadores de edad avanzada, que se pueden agrupar, principalmente, en tres bloques. En primer lugar, medidas reguladoras de la jubilación del trabajador, que, por lo general, se limitan a realizar remisiones a las previsiones legales, así como cláusulas convencionales que regulan la jubilación parcial con contrato de relevo ²²⁵. No obstante, este tipo de cláusulas tienen en cuenta la edad del trabajador, no para darles una protección específica de seguridad y salud laboral sino para propiciar su salida de la empresa mediante las diversas modalidades de jubilación. Ello dificulta la permanencia en el mercado laboral de los trabajadores de mayor edad, lo que supone un freno a las políticas comunitarias y nacionales sobre el envejecimiento activo y la prolongación de la vida laboral ²²⁶.

En segundo término, se prevén premios o compensaciones económicas, que se satisfacen al término de la relación laboral cuando tiene lugar la extinción del contrato de trabajo por mor de la jubilación del trabajador ²²⁷. Normalmente, para poder percibir este tipo de compensaciones, se exige que el trabajador tenga, al menos, 60 años de edad y una cierta antigüedad en la empresa, la cual varía en función del convenio de que se trate. No obstante, llama la atención la relación inversamente proporcional entre la edad de jubilación y la cuantía de la indemnización, ya que, normalmente, cuanto menor es la edad del trabajador jubilado, la compensación económica es mayor. Evidentemente, lo que persiguen estas, mal llamadas, compensaciones económicas, es incentivar el abandono prematuro de la relación de trabajo.

²²⁴ La DA 10.ª ET se modifica, de nuevo por la DF 1.1 de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. «En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora». *Infra, vid.* Capítulo VI, epígrafe 3.6.

²²⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., «Las medidas de mantenimiento del empleo de las personas de edad en la negociación colectiva...», *op. cit.*, pp. 87-102.

²²⁶ CHABANNES, M., «Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales. Un análisis desde la negociación colectiva», *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, núm. 44, 2020, pp. 309-357.

²²⁷ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., «Las medidas de mantenimiento del empleo de las personas de edad en la negociación colectiva...», *op. cit.*, pp. 87-102.

Finalmente, un tercer bloque de normas convencionales tendentes a mejorar las condiciones de trabajo y empleo del trabajador de edad avanzada, con el objetivo de alargar la vida activa²²⁸. Es decir, medidas que contribuyen, estrictamente, al mantenimiento de este colectivo en el mercado laboral, a diferencia de los dos grupos de previsiones anteriores, básicamente, medidas económicas que, más bien, incitan a la salida de la empresa hacia la jubilación. Así, aunque de presencia minoritaria en los convenios colectivos, se pueden citar algunas disposiciones como la recolocación del trabajador de edad avanzada en otro puesto de trabajo que se adecúe mejor a sus condiciones físicas, cuando este, bien por razón de la edad, o bien por cualquier otra circunstancia, haya visto disminuida su capacidad para realizar las tareas propias de su puesto de trabajo²²⁹. Las cláusulas más habituales de este tercer bloque son las que aumentan los días de vacaciones²³⁰ o que prevén complementos al salario que se devengan a una edad determinada hasta la extinción de la relación de trabajo²³¹. Asimismo, aunque con menor presencia, se encuentran algunas medidas que afectan a la distribución de la jornada de trabajo. Por ejemplo, algún convenio posibilita que los trabajadores de más edad realicen su jornada de manera intensiva²³², lo cual no parece que sea lo más oportuno, dado que conlleva un mayor cansancio. Tal vez lo adecuado sería, precisamente, lo contrario, partir la jornada laboral de manera que el trabajador de edad avanzada pueda tener más períodos de descanso. Otra de las medidas que tienen que ver con la jornada de trabajo es la posibilidad de que los trabajadores maduros puedan ser eximidos, en algunos convenios, de la realización de jornadas nocturnas²³³. Finalmente, a modo de testimonio, aunque representan una minoría, algunas cláusulas convencionales posibilitan la reducción de la jornada de las personas de más edad²³⁴.

Ahora bien, si lo que se pretende es que las políticas públicas de empleo mantengan y prolonguen la vida laboral de los trabajadores, los interlocutores

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Vid.* el artículo 53.8 del Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector de entidades de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo, BOE núm. 310, de 13 de diciembre de 2021.

²³¹ *Vid.* el artículo 52 del XXIII Convenio colectivo estatal de contratas ferroviarias, BOE núm. 154, de 28 de junio de 2022.

²³² *Vid.* el artículo 46.2 del Convenio colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, BOE núm. 57, de 7 de marzo 2014.

²³³ *Vid.* el artículo 66 del IV Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, para su personal de tierra, BOE 242, de 7 de octubre de 2017.

²³⁴ *Vid.* el artículo 33 del Convenio colectivo de Michelin España Portugal, SA, para los centros de trabajo de Aranda de Duero (Burgos), Valladolid, Almería, Seseña (Toledo), Subirats (Barcelona) y Burgos, BOE núm. 221, 17 de agosto de 2020.

sociales deben promover el establecimiento de cláusulas que establezcan una correcta política de prevención de riesgos con el fin de evitar el desgaste prematuro de la salud de los trabajadores²³⁵. A tal fin, es necesaria la mejora de las condiciones de trabajo, así como la gestión adecuada de riesgos laborales. Para ello, deben establecerse cláusulas que favorezcan la no discriminación por razón de edad, así como el mantenimiento del empleo, y, en la medida de lo posible, la adaptación de las condiciones y puestos de trabajo de los trabajadores de edad madura, próximos a la edad de jubilación. En este sentido, como ha declarado la UE, debe promoverse el mantenimiento de capacidades y habilidades, de forma que puedan extender su vida laboral. No obstante, esta cuestión ha sido poco abordada por los convenios colectivos que, generalmente, no cuentan con medidas que incentiven que los trabajadores de edad avanzada permanezcan en el mercado de trabajo²³⁶. *Sensu contrario*, la tendencia es que los convenios contengan cláusulas para regular jubilaciones cuando el trabajador cumple la edad ordinaria, con premios o compensaciones a la misma. Los agentes sociales, más que en el envejecimiento activo, se enfocan en incentivar la extinción de la relación laboral. Como medida para el mantenimiento de empleo, el instrumento al que acuden es la jubilación parcial, y se sirven del contrato de relevo como forma de rejuvenecer la plantilla. Esta posición es contraria a los objetivos que persiguen, tanto la normativa europea como la nacional, y, asimismo, no contribuye a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social que necesita de cotizaciones que garanticen el futuro de las pensiones.

Aunque se pueden encontrar algunas medidas que afectan a las condiciones laborales y de trabajo que favorecen el envejecimiento activo, debe destacarse y poner en cuestión que no existan cláusulas que preserven el empleo de este colectivo. Sin duda, es necesario un cambio en el tratamiento que, desde la negociación colectiva, se otorga a los trabajadores de edad avanzada, abogando por un alineamiento con las directrices de la Unión que predicen el alargamiento de la vida laboral, por ende, de la edad de trabajo.

Para concluir, hay que resaltar que, en general, la edad es invisible en el convenio colectivo. La denominada *Age blindness*, olvida a los trabajadores de edad madura, sin que sus especiales circunstancias, en relación al empleo y las condiciones de trabajo, se tengan en cuenta²³⁷. En este sentido, la negociación

²³⁵ CHABANNES, M., «Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales...», *op. cit.*, pp. 309-357.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J., «Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe HelpAge España, 2022, pp. 23-38.

colectiva tiene una deuda con el trabajo de este colectivo, por lo que, se debería valorar introducir en los convenios cierto tipo de medidas con el fin de proteger el empleo de estos trabajadores²³⁸. Así, en primer lugar, cláusulas que establezcan procedimientos para el control del cumplimiento de las disposiciones relativas a los trabajadores de edad madura. En segundo término, introducir medidas para aumentar el seguimiento del cumplimiento de las normas relativas al empleo o a las condiciones de trabajo²³⁹. En tercer lugar, cláusulas para obligar a la recolocación o a la realización de ajustes en los puestos de trabajo de los trabajadores cuya capacidad haya disminuido por razón de su edad, discapacidad u otras circunstancias, siempre y cuando sea posible²⁴⁰. Finalmente, medidas que prioricen la permanencia de los trabajadores de edad madura en las situaciones en las que fuere necesario proceder a la extinción, ya sea individual o colectiva, de contratos de trabajo por razones objetivas²⁴¹.

7. GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD GENERACIONAL EN LA EMPRESA

Los departamentos de personal, también llamados de Recursos Humanos –RRHH–, por lo general, no tienen planes específicos para gestionar la diversidad generacional ni han incorporado la mayor edad a la gestión preventiva de la empresa. En su lugar, en más ocasiones de las deseadas, lo que se pretende es deshacerse de los trabajadores de más edad, en teoría, más caros de mantener, ofreciéndoles incentivos para el abandono o animándolos a la prejubilación, incluso, a veces, con un sesgo marginal.

Se entiende por gestión de la edad en la empresa como el conjunto de intervenciones, tanto desde el ámbito privado como desde el público, orientadas a integrar los factores relacionados con la edad en la gestión diaria de la empresa de manera que todas las personas, independientemente de su edad, se sientan y estén capacitadas para cumplir sus objetivos empresariales y personales²⁴².

²³⁸ GUTIERREZ COLOMINAS, D., «Las medidas de mantenimiento del empleo de las personas de edad en la negociación colectiva...», *op. cit.*, pp. 101-102.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² MUÑOZ NIETO SANDOVAL, M., TORRES LACALLE, M. C., GÓMEZ-CANO ALFARO, M. y MARQUÉS MARQUÉS, F., «Gestión de la edad en la empresa: buenas prácticas con trabajadores mayores», *Seguridad y Salud en el trabajo*, núm. 77, 2014, pp. 21-22.

Sin lugar a dudas, una buena estrategia empresarial de gestión de la edad hará posible que los trabajadores de edad avanzada adquieran las competencias necesarias para seguir en activo, aportando su experiencia y conocimiento a la empresa por más tiempo, en condiciones óptimas de seguridad y salud²⁴³. Así, la formación continua del trabajador a lo largo de toda la vida laboral será lo que contribuya a proporcionar una correcta promoción profesional, siendo necesario políticas que pongan en valor el talento, así como programas que contribuyan a la transformación de los trabajadores, lo que conllevará el crecimiento de la empresa. Asimismo, hay que favorecer la interrelación entre los trabajadores de edades diversas, para aprovechar el potencial de ambos, formando equipos intergeneracionales de aprendizaje mutuo, bidireccional, para favorecer el intercambio de ideas y habilidades, así como tareas de mentorización.

El envejecimiento, en ocasiones, conlleva problemas de salud, lo que puede repercutir en una posible variación de las aptitudes psicofisiológicas del trabajador. Cada persona trabajadora tiene la responsabilidad de mantener sus capacidades funcionales, si está en su mano, siendo necesario la puesta en marcha de campañas de concienciación para darle a esta cuestión la relevancia que merece.

Para una correcta gestión de la mayor edad, es necesario evaluar periódicamente las aptitudes de los trabajadores con el fin de asegurar la adecuación de los puestos de trabajo. También es importante detectar la edad funcional del trabajador respecto a su edad real con el fin de tener en cuenta un posible envejecimiento prematuro y, en tal caso, actuar en consecuencia. Así, para anticiparse a los problemas derivados de la edad, son necesarios estudios que pongan de manifiesto los datos más relevantes sobre el envejecimiento de la población laboral. Con esta información, los servicios médicos empresariales, que conocen los datos propios de la salud de los trabajadores en plantilla, en colaboración con el departamento de personal, que conoce los aspectos laborales del puesto en cuestión y los individuales del trabajador, pueden tener una gran relevancia en las decisiones de la empresa, en lo que se refiere a prevención y gestión de recursos humanos. Con todo, en muchos casos, más que la edad, son las condiciones en las que se realiza la prestación laboral las que merman la salud del trabajador. En este sentido, un nuevo diseño de los puestos de trabajo, adaptándolos, en la medida de lo posible, a las características de

²⁴³ *In extenso, vid.*, CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MÁRQUEZ, A., «Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros», en VV. AA. (Coord.: MERCADER UGUINA, J.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

los trabajadores de edades más avanzadas, contribuirá a que el trabajador puede continuar en su puesto durante más tiempo.

La promoción y prevención de la salud son armas esenciales para combatir el envejecimiento. Por ello, además de la acomodación del puesto de trabajo, medidas como la flexibilización del tiempo de trabajo, la reducción de horarios o pequeños recesos intrajornada pueden contribuir a una mejor salud laboral. En España, tan solo el 4 % de las empresas tienen políticas para la contratación de mayores de 45 años. No obstante, contratar a un trabajador senior ofrece ciertas ventajas, muchas veces ignoradas, como la estabilidad, la capacidad de liderazgo, más habilidad para formar equipo, a la vez que ofrecen mayores competencias, paradójicamente, adquiridas con el tiempo.

CAPÍTULO V

EL TRÁNSITO HACIA LA JUBILACIÓN

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA JUBILACIÓN

La Constitución de 1978 ordena al legislador, *ex* artículo 41, mantener un sistema de Seguridad Social de carácter público y universal con el objetivo de garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Asimismo, el artículo 50 CE hace una referencia expresa a las pensiones indicando que han de ser «adecuadas» y han de actualizarse «periódicamente» para garantizar «la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad». El cumplimiento de este mandato constitucional se encomienda, en nuestro sistema de protección social, a través de la institución de la jubilación, que ofrece cobertura frente a la contingencia de la vejez mediante diversas prestaciones, en las que la edad del trabajador es el parámetro decisivo para su incardinación en la acción protectora pública¹. Su función es proveer al trabajador, ahora jubilado, de los recursos económicos suficientes para vivir dignamente. La prestación sustituye las rentas derivadas del trabajo, que el jubilado ya no percibe por haber extinguido su relación laboral tras haber alcanzado la edad pensionable, finalizando, en principio, su vida laboral activa².

¹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El concepto de jubilación flexible», *Temas Laborales*, núm. 66, 2002, p. 118.

² La pensión de jubilación viene definida en el artículo 204 LGSS, a cuyo tenor, «La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena».

La jubilación es la prestación más compleja, controvertida y fundamental del sistema de Seguridad Social, a la vez que constituye uno de los pilares sobre los que se construye el Derecho del Empleo³. Asimismo, es el punto de conexión entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. Así, por un lado, conforme a la regla general recogida en el artículo 213 LGSS, para ser sujeto de derecho de una pensión contributiva de jubilación es necesario haber cesado en la relación de trabajo. Y, por otro, el artículo 49.1.f) ET recoge la jubilación como causa de extinción del contrato, desvinculándose, el trabajador, del Derecho del Trabajo para quedar sujeto al Derecho de la Seguridad Social. Con todo, como se verá, a día de hoy, esta regla general admite múltiples de excepciones.

Desde otra perspectiva, debe referirse que las pensiones de jubilación también son determinantes a la hora de establecer políticas de ahorro dado el alto coste de su mantenimiento para el sistema de Seguridad Social, por lo que se configuran, también, como un elemento básico de las políticas de control del gasto público⁴.

Los cambios estructurales que se están produciendo en la sociedad –fruto, en esencia, del aumento de la esperanza de vida y del preocupante descenso de la natalidad– y su impacto económico –el aumento del gasto público– han llevado al legislador a realizar diversas modificaciones de las normas que regulan el instituto de la jubilación, buscando el equilibrio entre las distintas funciones e intereses, en ocasiones contradictorios, a los que sirve, convirtiéndose en uno de los instrumentos más importantes para la confección de las políticas de empleo y de protección social⁵. En este sentido, en la década de los ochenta, ante la alta tasa de desempleo juvenil, surgió la necesidad del reparto del empleo. La institución de la jubilación se utilizó entonces como medida de creación y regulación de empleo, operando como herramienta para sustituir al trabajador de edad madura por otro más joven, con una rigidez excesiva⁶. Se establecieron medidas como la jubilación forzosa, que imponían una edad máxima para trabajar, y se produjo un significativo aumento de las

³ CALVO GALLEGOS, F. J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Megablum, Sevilla, 2002, pp. 17 ss.

⁴ DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A., «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas: entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 1, 2002, pp. 47 ss.

⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Edad de jubilación y política de envejecimiento activo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 94, 2011, pp. 58-61.

⁶ VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada», en VV. AA. (Coord.: MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 355.

prejubilaciones, fruto de despidos colectivos, para lograr el rejuvenecimiento de plantillas o favorecer la reconversión industrial. Asimismo, se implantaron nuevas modalidades de jubilación, como la jubilación parcial o la jubilación especial a los 64 años.

Sin embargo, con el paso del tiempo, tanto a nivel nacional como a nivel europeo, se empieza a cuestionar el uso de la jubilación como medida de política de empleo dirigida en exclusiva a los trabajadores jóvenes⁷. Surgió, de este modo, la idea de combinar la jubilación con otras medidas que respondieran a los cambios que se estaban produciendo –señaladamente, el envejecimiento de la población– y a su repercusión sobre el sistema de Seguridad Social⁸. Así, con el modelo de financiación, se ha apreciado, en efecto, la existencia de un cierto riesgo de que el Sistema tenga dificultades de sostenibilidad, dado el gasto creciente que supone el pago de pensiones de jubilación, suficientes y revalorizadas, durante mucho más tiempo⁹. Por otro lado, los Estados miembros deben de estar a lo acordado en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁰, el cual establece el objetivo de consecución de unos presupuestos saneados, a través de normas preventivas y disuasorias, que deben cumplirse. En este sentido, la Comisión asesora a los Estados con orientaciones que promueven la contención del gasto para evitar el déficit de los Sistemas de Seguridad Social¹¹. A tal fin, España ha ido reformando su legislación de Seguridad Social, adoptando medidas que persiguen recortar el gasto. En especial, se han modificado las normas que regulan el acceso y la cuantía de la

⁷ Vid. la Recomendación 82/857/CEE del Consejo de las Comunidades relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación, de 10 de diciembre de 1982, que invita a los Estados Miembros a reconocer la jubilación flexible como un objetivo de sus políticas sociales, lo que supuso una nueva tendencia en la regulación de la jubilación. Así, el trabajador dependiente a partir de cierta edad y, en su caso, hasta una edad límite, debería poder elegir la edad a la que podría jubilarse, evidentemente, cumpliendo los requisitos establecidos.

⁸ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el Contrato de Trabajo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 13-39.

⁹ TORTUERO PLAZA, J. L., «La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 157-172.

¹⁰ El Pacto de Estabilidad y Crecimiento –PEC– se introdujo en el contexto de la unión económica y monetaria de la UE. Es un acuerdo entre los Estados miembros por el que se comprometen a mantener unas finanzas públicas saneadas, como medio para fortalecer las condiciones para conseguir la estabilidad de precios y un crecimiento fuerte y sostenible que favorezca la creación de empleo. Conforman el PEC una resolución del Consejo Europeo, adoptada en 1997, y dos reglamentos del Consejo, de 7 de julio de 1997, en los que se detallan las modalidades técnicas. No obstante, en marzo de 2020, debido al impacto económico causado por la pandemia de la Covid-19, la Comisión Europea activó la cláusula de escape general, que permite a los Estados miembros superar los límites normales de déficit y deuda. De modo que aquellas reglas permanecerán suspendidas hasta 2023.

¹¹ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 104.

prestación de jubilación y se han promovido medidas que favorecen la permanencia en el mercado laboral.

La evolución normativa en materia de jubilación de los últimos años responde a dos objetivos fundamentales: por una parte, desincentivar la anticipación de la edad de jubilación y, por otra, establecer alicientes suficientemente atractivos para que los trabajadores prolonguen voluntariamente su actividad laboral, más allá de la edad ordinaria de jubilación. En esta línea se posiciona la Comisión del Pacto de Toledo, que, en el marco de la última revisión de 2020, considera que la edad real de salida efectiva del mercado de trabajo debe aproximarse a la edad ordinaria de jubilación, respetando, en su caso, el anticipo de la edad por mor de la penosidad de la actividad que se realice ¹². Ya en revisiones previas del Pacto de Toledo, la Comisión había entendido que la jubilación anticipada «debería reservarse a trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización y opten voluntariamente por acogerse a ella, si bien mediante Ley podrán establecerse mecanismos a favor de colectivos y actividades de carácter específico» ¹³. Asimismo, se había considerado necesario restringir los acuerdos individuales o colectivos de retiro anticipado o, al menos, no incentivarlos desde el sector público, focalizando la flexibilización en el abandono tardío del mercado de trabajo ¹⁴.

En el ámbito de la UE, uno de los objetivos señalados por la Comisión Europea, recogidos en la Estrategia Europea 2020 ¹⁵, es el aumento del nivel de empleo de los trabajadores maduros. Así, con el fin de que estos trabajadores continúen en activo, se recomendó a los Estados miembros la elaboración de planes nacionales que incluyeran políticas de envejecimiento activo. En efecto, ya en el año 2012, la Comisión emitió una comunicación que señalaba que «los sistemas de pensiones se están adaptando para hacer frente al problema del envejecimiento de la población, y varios países están aplicando reformas importantes que tienen como característica común la prolongación de la vida laboral. Estas reformas son esenciales para contener los costes financieros y garantizar la sostenibilidad a largo plazo de unos sistemas adecuados de bienestar social. Paralelamente, es necesario atraer a los trabajadores de más edad al empleo, y mantenerlos en él durante más tiempo que el previsto en los patrones de jubilación actuales, lo que resulta coherente con la mejora de la

¹² Vid. la Recomendación 12 del «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo», BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 175, de 10 de noviembre de 2020.

¹³ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, op. cit., p. 191.

¹⁴ CABEZA PEREIRO, J., «Estado actual de la compatibilidad entre jubilación y trabajo en Europa...», op. cit., p. 140.

¹⁵ Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM (2010) final 2020. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aem0028>.

expectativa de vida, y considerar la adecuación del nivel de las pensiones a fin de impedir situaciones de pobreza en la tercera edad»¹⁶. Para conseguir este objetivo de empleo es necesario dar un impulso a las dos líneas básicas de actuación. Así, por un lado, la Comisión insiste en que hay que seguir fomentando la permanencia de los trabajadores en el mercado laboral, perfeccionando y mejorando los incentivos sociales, fiscales y laborales, de forma que resulten más atractivos¹⁷. Por otro, a través de fórmulas de *soft law*, no legislativas, de alcance limitado –dada la competencia nacional de los Estados miembros en materia de pensiones–, la UE también insta a modificar el régimen jurídico de la pensión de jubilación, en particular, adaptando la cuantía de la prestación a la carrera de cotización del trabajador, dándole mayor relevancia a esta última¹⁸.

También el Pilar Europeo de Derechos Sociales alberga previsiones en la materia. Así, el principio 15 establece el derecho del trabajador a recibir una pensión de jubilación que le garantice un nivel de vida digno y adecuado durante la etapa jubilar¹⁹.

Más reciente es el Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021, del Comité de Protección Social y la Comisión Europea²⁰, que resalta la necesidad de que, en un futuro, las carreras profesionales sean más largas para garantizar el mantenimiento de pensiones adecuadas. Sin embargo, también reconoce el desequilibrio que, en ocasiones, se produce entre la edad de acceso a la jubilación y la duración de la carrera de cotización. El Informe insiste en que la jubilación demorada, más allá de la edad ordinaria, genera pensiones más altas. Con todo, *sensu contrario*, también pone de manifiesto el desequilibrio padecido por ciertos trabajadores que, pese a haber contribuido al sistema con largas carreras de cotización, se retiran a la edad ordinaria o, a veces, de forma anticipada, generando pensiones de escasa cuantía. Este perfil responde, por lo general, a trabajadores que han ingresado en el mundo laboral muy jó-

¹⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones: Medidas en favor de la Estabilidad, el Crecimiento y el Empleo, COM (2012) 299 final, 30 de mayo de 2012.

¹⁷ Decisión (UE) 2020/1512 del Consejo, de 13 de octubre de 2020, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, DOUE L 344/24, 19 de octubre de 2020.

¹⁸ *In extenso*, vid. OJEDA AVILÉS, A., «La dimensión comunitaria de la jubilación», en AA. VV. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 615 ss.

¹⁹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña el Plan de Acción del pilar europeo de derechos sociales, SWD (2021) 46 final.

²⁰ Consejo de la Unión Europea, Principales conclusiones del Informe sobre la adecuación de las pensiones de 2021 del Comité de Protección Social y la Comisión Europea, 9145/21, SOC 356, EMPL 266, ECOFIN 509, Bruselas, 4 de junio de 2021.

venes, en sectores poco cualificados, lo que «merece una reflexión sobre la necesidad de recompensar las carreras profesionales largas»²¹.

En el sistema español de pensiones, debido al incesante aumento del gasto en prestaciones de jubilación –fruto del incremento del número, cuantía y duración de las mismas–, se han ido sucediendo distintas reformas²². El objetivo es fortalecer su carácter profesional y contributivo y corregir ciertos desequilibrios de sostenibilidad financiera debido a la disminución de la *ratio* entre cotizantes y jubilados como consecuencia del envejecimiento poblacional²³. Para ello, se insiste en vincular la edad de jubilación al aumento de la esperanza de vida, racionalizar la retirada anticipada del mercado de trabajo, así como promover la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad, favoreciendo el envejecimiento activo²⁴. Asimismo, para atajar los problemas de sostenibilidad, se introdujeron dos medidas con impacto directo en la cuantía de la pensión: el factor de sostenibilidad y el índice de revala-

²¹ En este sentido, *vid.*, FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad», *Temas Laborales*, núm. 163, pp. 127-162.

²² La Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, amplió el período mínimo de carencia de 10 a 15 años, y el período computable para la determinación de la base reguladora de 2 a 8 años. Este período se incrementó hasta los 15 años por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que también previó la revalorización de las pensiones de acuerdo con el IPC y la creación de un fondo de reserva. La Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, trata de incentivar la jubilación más allá de la edad ordinaria, entonces fijada en 65 años, y amplía la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, a los trabajadores afiliados a la Seguridad Social con posterioridad al 1 de enero de 1967, siempre que se reunieran una serie de requisitos de cotización y antigüedad. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, incrementa, de forma gradual, la edad legal de jubilación hasta los 67 años, manteniendo la jubilación a los 65 años de edad sin coeficientes reductores, en caso de largas carreras de cotización. También amplía a 25 años el período computable en la base reguladora, aumenta progresivamente el tiempo necesario para acceder al 100% de la pensión y restringe las condiciones de acceso a la jubilación anticipada. Asimismo, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, mediante la cual, «el factor de sostenibilidad ajusta la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior. Para ello se relaciona la esperanza de vida estimada en ambos momentos». Finalmente, 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, deroga el factor de sostenibilidad introducido por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, y su sustitución por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional. Asimismo, «recoge diversas medidas que en conjunto pretenden actuar sobre el acceso a la pensión de jubilación a través de fórmulas voluntarias y más equitativas que favorecen un progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo».

²³ *Vid.* el Libro Verde de la Comisión, de 27 de enero de 2021, El envejecimiento: fomentar la solidaridad y la responsabilidad entre generaciones COM (2021) 0050 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2021, sobre el envejecimiento del viejo continente: posibilidades y desafíos relacionados con la política de envejecimiento después de 2020.

²⁴ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

lización de las pensiones, que nunca fueron aplicadas, y, en la actualidad, ambas medidas han sido derogadas²⁵.

Estas reformas continúan la estela de los objetivos de la Estrategia 2020, expresamente recogidos, en el año 2012, por el Libro Blanco sobre las pensiones²⁶, y reiterados, posteriormente, en el Informe de Pensiones 2019²⁷. No obstante, no son suficientes. Así, con el fin de garantizar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, se recomiendan nuevas reformas para alcanzar un equilibrio entre el número de años de cotización y el de años pensionables, para poder asegurar pensiones de cuantía adecuada y, además, hacer frente al incremento de la longevidad²⁸.

Aunque los Estados miembros de la UE regulan esta materia de distintas formas, en los últimos años, en todos ellos se han ido consolidando las siguientes líneas de actuación, *grosso modo*: a) aumento ponderado de la edad de jubilación; b) penalización de las jubilaciones anticipadas; c) fomento o incentivación del retraso en el acceso a la jubilación²⁹. Estas tres tendencias se van a reflejar en las distintas modalidades de jubilación constitutivas del marco legal del envejecimiento activo que se ha ido configurando en casi todos los Estados. De modo que, el legislador español ha ido adaptando la normativa interna, articulando nuevas medidas para favorecer el aumento de la edad de jubilación. En dicho sentido, el dato de la edad real de jubilación es relevante para garantizar la suficiencia de un sistema, ya que incide directamente en el número de años de percepción de la prestación.

El objetivo final es aproximar lo más posible la edad real de jubilación con la edad ordinaria de cese definitivo de la actividad, logrando una mayor contributividad en el cálculo de las pensiones y un mayor equilibrio entre aportaciones y prestaciones. Para lo que ha de promoverse el empleo de los

²⁵ La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social y el artículo 211 LGSS, fueron derogados por el apdo. 2 de la disposición derogatoria única de 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.

²⁶ Comisión Europea, *Libro blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) 55 final.

²⁷ Economic Policy Committee and Social Protection Committee, *Joint Paper on Pensions 2019*, ecfin.cef.cpe (2020) 469700, Bruselas, 22 de enero de 2020. Accesible en <https://economic-policy-committee.europa.eu/system/files/2020-01/Joint-Paper-on-Pensions-2019.pdf>. Consultado por última vez el 23 de septiembre de 2022.

²⁸ Vid. *European Commission— Directorate-General for Economic and Financial Affairs, The 2021 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070), Institutional Paper 148/2021, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021*. Accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/economy-finance/ip148_en.pdf.

²⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad...*, op. cit., p. 190.

trabajadores de edad avanzada, incentivar su permanencia o reincorporación al mercado laboral, incluso una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación. En resumen, garantizar una vejez digna mediante pensiones adecuadas y suficientes³⁰.

Como es sabido, la regla general que regía en el ordenamiento español era la incompatibilidad entre el trabajo y el cobro de la pensión de jubilación, salvo jubilación parcial. No obstante, esta regla desapareció con el RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, que dio lugar a la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Ambas normas introdujeron importantes modificaciones en el instituto de la jubilación, tanto conceptuales como cualitativas³¹. La más importante y significativa es la compatibilidad entre el contrato de trabajo y la pensión de jubilación, de manera que, poco a poco, se ha ido construyendo un sistema de jubilación en la que caben toda suerte de combinaciones entre contrato de trabajo y pensión³². Así, a día de hoy existen numerosas formas de abordar la relación entre pensión y actividad laboral, que trascienden al cese en el trabajo como *conditio sine qua non* para poder acceder a la prestación de jubilación³³.

Aunque por su extensión y complejidad no se pretende profundizar en el instituto de la jubilación, por su relevancia a los efectos de este estudio, resulta obligado, al menos, una breve aproximación a la misma. Se procede así, en primer lugar, a un análisis de las reglas de compatibilidad entre la jubilación y el contrato de trabajo, a través de un breve repaso de la evolución normativa en la materia desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y, asimismo, del Derecho de la Seguridad Social. En segundo término, se abordan las distintas modalidades de jubilación vigentes, ordinarias y extraordinarias. En este sentido, el legislador ofrece al trabajador: que se jubile antes de cumplir la edad ordinaria, la jubilación anticipada; que retrase el momento del retiro más allá de la edad ordinaria, la jubilación postergada; que se jubile, pero no de forma plena, la jubilación parcial; que compatibilice pensión y trabajo, la jubilación activa; que retorne al mercado de trabajo desde su situación de pensionista, la jubilación flexible.

³⁰ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

³¹ LÓPEZ ANIORTE, C., «Hacia el envejecimiento activo: un análisis del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014, pp. 55 ss.

³² ORDÓÑEZ CASADO, M. I., «Trabajadores maduros y contratación: una particular referencia al contrato de generaciones, al contrato de relevo y a la jubilación flexible», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 71-92.

³³ LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 7 ss.

En resumen, el legislador ha ampliado las modalidades de jubilación existentes para dar cabida a las distintas circunstancias en que se hallan los miembros de una sociedad en evolución permanente³⁴. Y ciertamente, algunas de estas modalidades contribuyen al envejecimiento activo del trabajador; no obstante, se podría decir que de alguna manera el instituto jubilar se ha desnaturalizado³⁵.

2. COMPATIBILIDAD ENTRE CONTRATO DE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Con carácter general, el cumplimiento de una edad determinada fija el umbral a partir del cual el trabajador puede considerar la decisión de jubilarse. Es la edad estándar u ordinaria de jubilación. Sin haber alcanzado dicha edad la jubilación es más difícil, aunque no imposible³⁶. Llama la atención que, hasta la reforma de 2011 de la LGSS, operada por Ley 27/2011, la edad ordinaria de jubilación, de 65 años, ha sido la misma desde 1919³⁷, año en el que se comenzó a proteger la vejez con la implantación del retiro obrero. Y ello pese a la variación de la esperanza de vida y los cambios demográficos tan significativos que se produjeron a lo largo del siglo xx³⁸.

La jubilación, en un principio, implicaba el abandono del mercado de trabajo. De hecho, una de las causas de extinción del contrato de trabajo que recoge el artículo 49.1 ET, como se ha adelantado, es la jubilación del trabajador. Así, una vez que el trabajador alcanzaba la edad ordinaria de jubilación —establecida en 65 años— y cumplía los requisitos de cotización exigidos, podía cesar en la vida laboral activa, lo que implicaba la resolución definitiva de

³⁴ GARCÍA ORTEGA, J., «Pensión de jubilación y no discriminación por edad», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur menor, 2019, p. 343.

³⁵ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., «La jubilación ordinaria del trabajador maduro: el difícil punto medio entre lo transitorio y lo extraordinario», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 96.

³⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Las edades de jubilación», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 1197.

³⁷ En el Real Decreto de 11 de marzo de 1919, se aprueba el Retiro obrero obligatorio, y se fijó que a la edad de 65 años se tendría derecho a recibir una pensión de jubilación, sin vinculación al cese en el trabajo, tan sólo con la edad. Hay que subrayar que en 1919 la esperanza media de vida era de 40 años.

³⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V., «La Jubilación Contributiva», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 862.

su contrato de trabajo, produciéndose, en ese momento, el hecho causante determinante del derecho a percibir una prestación contributiva de jubilación.

La edad ordinaria de jubilación podía rebajarse para ciertas categorías de trabajadores, dando lugar, se podría decir, a la genuina jubilación anticipada³⁹. En efecto, así sigue siendo para ciertas actividades penosas, peligrosas, tóxicas o insalubres, como las realizadas por algunos trabajadores ferroviarios, de la minería o del mar, sectores en los que la jubilación anticipada tiene su fundamento en el superior desgaste físico padecido por estos profesionales⁴⁰. Más recientemente, bomberos, policía local, miembros de los cuerpos de la *Ertzaina*, *Mossos d'esquadra* o de la Policía Foral de Navarra también pueden acceder a dicha jubilación anticipada. Asimismo, se contempla la jubilación anticipada por razón de la discapacidad, así como la jubilación anticipada, propiamente dicha, pero con aplicación de los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión⁴¹.

Tras las múltiples reformas operadas, la edad de jubilación se ha ido flexibilizando de tal manera que ya no se puede hablar de una única edad, sino de diferentes edades legales de jubilación. El legislador, con el tiempo y las necesidades económicas y sociales, ha ido conformado un modelo mixto de pensión de jubilación, conformando, habida cuenta las múltiples modalidades que conviven, un amplio abanico de posibilidades, cada una de ellas con su propio régimen jurídico, una suerte de «jubilación a la carta»⁴². En este sentido, el capítulo XIII de la LGSS, contempla diferentes situaciones extraordinarias que permiten al trabajador, que cumple ciertos requisitos, una jubilación gradual, en la que el trabajo activo se conjuga con la pensión, convirtiendo la ju-

³⁹ *Infra, vid.* epígrafe 3.2 del actual Capítulo. El artículo 206.1 de la LGSS, aprobado por el RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, prevé que la edad mínima exigida para tener derecho a pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social podrá ser rebajada por real decreto, a propuesta de la persona titular del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. Así, por ejemplo, el RD 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre la reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el Estatuto Minero, aprobado por el RD 3255/1984, de 21 de diciembre; o, más reciente, el RD 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación de policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local.

⁴⁰ *In extenso, vid.*, FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilaciones con edad reducida por Real Decreto», en AA. VV. (Coord.: CAMAS RODAS, F.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 229 ss.

⁴¹ *In extenso, vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

⁴² MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., «La Jubilación ordinaria del trabajador maduro: El difícil punto medio entre lo transitorio y lo extraordinario...», *op. cit.*, p. 93.

bilación en una institución parcialmente compatible con la actividad laboral⁴³, que no exige, como antaño, la resolución automática del contrato de trabajo y, por tanto, la salida del mercado de trabajo⁴⁴.

La conexión entre contrato de trabajo y jubilación es muy estrecha y va más allá de la necesidad de la resolución del contrato para poder acceder a la prestación. Siguiendo a López Balaguer, el impacto que el hecho jubilatorio produce sobre el contrato de trabajo puede analizarse desde tres vertientes, en función de los efectos producidos sobre el mismo⁴⁵: El primero de ellos, es el efecto novatorio del contrato de trabajo, al producirse la modificación del mismo, por ejemplo, en supuestos de jubilación parcial anticipada. El segundo, el efecto extintivo del contrato de trabajo, cuando se produce la resolución del mismo, en el caso de prejubilación, jubilación anticipada, jubilación ordinaria y jubilación forzosa. Finalmente, el efecto de recuperación, que se produce cuando el trabajador jubilado retorna a la vida laboral activa, bien a través de un contrato a tiempo parcial, o bien en virtud de una relación laboral a tiempo completo, en las modalidades de jubilación flexible o activa.

La institución de la jubilación ha evolucionado considerablemente, por lo que se realizará una breve síntesis, a través del tiempo, de las distintas reformas que ha experimentado, tanto desde la óptica del Derecho de la Seguridad Social –como prestación del sistema de Seguridad Social– como desde la perspectiva de la normativa del Derecho del Trabajo –dada la íntima relación que guarda con el contrato de trabajo–.

2.1 Evolución normativa desde la óptica del derecho de la seguridad social

La primera norma que reguló la institución de la jubilación fue el RD de 11 de marzo de 1919, por el que se estableció el Retiro Obrero Obligatorio, primer seguro social público de cobertura de la vejez. No obstante, para estudiar la evolución de la institución, el punto de partida se va a situar en el 6 de abril de 1995, fecha en la que el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el «Informe para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse»⁴⁶,

⁴³ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, op. cit., pp. 13-39.

⁴⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Edad de jubilación y política de envejecimiento activo...», op. cit., pp. 58-61.

⁴⁵ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, op. cit., pp. 13-39.

⁴⁶ BOCG, Congreso de los Diputados, serie E, núm. 134, 12 de abril de 1995.

también conocido como el Pacto de Toledo. Los cambios sociales producidos generaron necesidades a las que se debía dar respuesta y, en este sentido, el Pacto expresa un compromiso político de mantenimiento y consolidación del actual sistema de protección social, adoptando las medidas oportunas para garantizar su viabilidad y adaptación a las nuevas realidades sociales⁴⁷.

El Pacto de Toledo supuso el inicio de un proceso que pretendió ser más ordenado, sistemático y planificado que el conjunto de reformas a las que, hasta entonces, se había visto sometida la normativa de Seguridad Social. Asimismo, sienta los principios de solidaridad, equidad, contributividad, publicidad y protección de las situaciones de necesidad, en los términos constitucionalmente previstos⁴⁸. El Pacto persigue unos objetivos generales de consolidación y racionalización, equilibrio financiero, suficiencia prestacional y garantía de tutela⁴⁹. Por lo que a la institución de la jubilación se refiere, ya en 1995, el citado Informe señalaba que «la edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad. De igual modo, el acceso a la pensión de jubilación no debe impedir una presencia social activa del pensionista. En tal sentido y sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los 65 años, resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen. A tal efecto, cabe regular la exoneración total o parcial, en función de la jornada, de la obligación de cotizar en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo con suspensión proporcional del percibo de la pensión. De igual modo, se mantendrán los sistemas de jubilación anticipada ligados a los contratos de relevo y de sustitución ya previstos en la legislación vigente».

El correlativo proceso se inició el 9 de octubre de 1996 con la firma entre la Administración y los Sindicatos del Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. Este Acuerdo tendría un desarrollo normativo parlamentario posterior, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social⁵⁰, por lo que, de al-

⁴⁷ *In extenso, vid.,* BLASCO LAHOZ, F. J., *La reforma de la Seguridad Social. El pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 59 ss.

⁴⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Seguridad Social año 2002: balance general de unas reformas en curso», *Temas Laborales*, núm. 66, 2002, pp. 19-20. Se refiere a los cambios introducidos, entre otros, por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, los de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización y mejora de la acción protectora de la Seguridad Social o por la Ley 26/1990, de 26 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

⁴⁹ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 13-39.

⁵⁰ BOE núm. 169, de 16 de julio de 1997.

gún modo, se materializa en el compromiso o consenso político unánime de defensa del Sistema Público de Protección Social. A partir de ahí, ven la luz, el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad y la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, sobre la jubilación anticipada en determinados supuestos especiales. Asimismo, siguiendo las directrices del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito por el Gobierno y los interlocutores sociales el 9 de abril de 2001, la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, incluyó algunas medidas para dotar a la institución de la jubilación de gradualidad y progresividad, en relación con la edad de jubilación, con el objetivo de favorecer la prolongación de la vida activa de los trabajadores en edad de jubilarse⁵¹. Finalmente, se aprueban el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, y el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

El 30 de septiembre de 2003, ocho años después de la firma del Acuerdo inicial, el Parlamento renueva el Pacto de Toledo⁵², albergando nuevas Recomendaciones en línea con las orientaciones dadas por la UE en relación con las reformas de los sistemas de pensiones⁵³. Con estas se pretende introducir mecanismos que posibiliten aproximar la edad real de jubilación con la edad legal y permitir al trabajador, que ya puede acceder a su pensión de jubilación, mantenerse en el mercado de trabajo, compatibilizando pensión y prestación laboral. El fin es muy claro: que la discriminación por edad no impida la prolongación de la actividad laboral.

Ahondando en el proceso de concertación, el 13 de julio de 2006, el Gobierno y los agentes sociales suscribieron el «Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», que sentó las bases para un nuevo desarrollo de los contenidos del Pacto de Toledo, con el fin de garantizar la pervivencia del Sistema, reforzando sus mecanismos de cobertura, así como un entorno financiero saneado y estable. De esta manera, quedó diseñado un importante plan de actuación, articulado a través de diversas normas. Entre ellas, es obligado señalar, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguri-

⁵¹ Vid., SPINA CARRERA, M., «La jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, p. 153-168.

⁵² BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 596, 2 de octubre de 2003.

⁵³ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, op. cit., pp. 13-39.

dad Social que incidió en la regulación de la jubilación ordinaria y de la jubilación parcial anticipada. Así, se incentiva, por un lado, la demora de la jubilación ordinaria y, por otro, se endurecen los requisitos de acceso a la jubilación parcial anticipada, al originar más gasto público y menos ingresos.

Posteriormente, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo elaboró el «Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo»⁵⁴ que, tras el correspondiente debate parlamentario, fue aprobado por el Pleno del Congreso en su sesión del día 25 de enero de 2011, renovándose de este modo el Pacto⁵⁵. Este Informe traerá consigo la importante reforma de la LGSS acometida mediante Ley 27/2011, de 1 de agosto de 2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁵⁶. Esta reforma recoge y desarrolla el previo Acuerdo Social y Económico, de 2 de febrero de 2011, alcanzado por el gobierno y los interlocutores sociales. La Ley sigue, además, las líneas trazadas por la UE en su afán de alcanzar sistemas de pensiones adecuados y sostenibles. Las reformas sobre la pensión de jubilación que se contemplan afectan a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social. Así, entre otras novedades importantes en torno a la jubilación, destaca el establecimiento de una nueva edad legal de jubilación y el refuerzo de la contributividad a través del aumento de las bases de cotización computables para calcular la prestación. Se mantiene, no obstante, la edad de 65 años en los casos de largas carreras de cotización⁵⁷.

En materia de Seguridad Social, tras las múltiples modificaciones sufridas por la LGSS, el grado de dispersión y complejidad normativa era muy elevado. Por ello, el Parlamento, por medio de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, habilitó al Gobierno para elaborar un nuevo texto legal. Tal es, el RD-Legislativo 8/ 2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁵⁸, actualmente en vigor, que integra el RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, junto con otras disposiciones legales concordantes, debidamente actualizadas conforme a las reformas operadas⁵⁹.

⁵⁴ Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, *Colección Seguridad Social*, núm. 35, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2011.

⁵⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 513, 31 de enero de 2011.

⁵⁶ BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

⁵⁷ De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria cuarta, para aquellos trabajadores que resulte de aplicación la legislación anterior a 1 de enero de 2013, la edad de jubilación se mantiene en 65 años.

⁵⁸ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

⁵⁹ ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo...*, op. cit., p. 265.

Finalmente, el 19 de noviembre de 2020, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el último «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo»⁶⁰. La Comisión, en la Recomendación 12 –edad de jubilación–, insiste en la necesidad de aproximar la edad real de jubilación a la edad legalmente establecida. Para ello, por un lado, recomienda fomentar la permanencia de los trabajadores maduros en la vida laboral activa por medio de la mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales, así como profundizar en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación siempre que dicha prolongación no esté motivada por el acceso a una pensión insuficiente. Por otro lado, conforme a lo señalado desde Europa y como orientación de futuro de las políticas de igualdad, insiste en la necesidad de combatir la discriminación por razón de la edad del trabajador en el mercado laboral. Para ello, reitera la necesidad de restringir al máximo el abandono prematuro de la vida laboral activa reforzando la protección de los trabajadores maduros ante los despidos colectivos y articulando políticas activas de empleo cuya prioridad sea el mantenimiento en activo de los trabajadores maduros y su recolocación.

Las últimas modificaciones legislativas en la materia, se orientan a la consecución de estos objetivos. En concreto, 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, que se desgranar en los siguientes epígrafes.

2.2 Evolución normativa desde la óptica del derecho del trabajo

Las normas laborales en materia de jubilación también han experimentado, en virtud de las múltiples reformas operadas, una evolución.

La Constitución de 1978, en el artículo 35. 2, ordena al legislador regular un estatuto de los trabajadores y fruto de ese mandato ve la luz la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce, *ex* artículo 49.6, la jubilación del trabajador como causa, en principio voluntaria, de resolución del contrato de trabajo. Sin embargo, esa voluntariedad de la jubilación resultó matizada por la disposición adicional quinta⁶¹, que configuró la figura de la

⁶⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 175, 10 de noviembre de 2020.

⁶¹ Literalmente, tal DA 5.ª ET, establecía lo siguiente: «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubi-

jubilación forzosa y reconoció la capacidad del Gobierno para establecer un límite de edad máximo para trabajar –sesenta y nueve años– en función de las necesidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo⁶². La norma, además, habilitó a la negociación colectiva para establecer libremente edades de jubilación forzosa vía convenio colectivo. No obstante, la STC 22/1981, de 2 de julio, declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional quinta ET «interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad». La resolución vetó así la jubilación forzosa impuesta legalmente, pero, no así, la jubilación forzosa pactada por convenio colectivo⁶³. Se permitía, por tanto, establecer edades de jubilación forzosa por convenio, «sin perjuicio de los dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos»⁶⁴.

La crisis del petróleo del año 1973 desencadenó la recesión económica de los ochenta, una década especialmente difícil para España, en la que, como respuesta al aumento del desempleo fruto del proceso de reconversión industrial, se llevaron a cabo importantes reformas en el sistema de Seguridad Social. El objetivo fundamental era la creación del mayor número de empleos posibles, generando, de este modo, crecimiento económico. Así, en el año 1984, se produce un hito importante en materia de jubilación: la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el RD 1991/1984, de 31 de octubre, permite, por primera vez, compatibilizar la prestación de jubilación con el contrato de trabajo. Con esta modificación legislativa, nacen dos nuevas figuras jurídicas: la jubilación parcial anticipada y el contrato de relevo íntimamente relacionadas. Esta nueva modalidad de jubilación, por sus características, se revela como un instrumento de fomento del empleo⁶⁵. Asimismo, tiene la particularidad de que determina la confluencia de dos trabajadores en el mismo puesto de trabajo, para realizar la misma actividad: por un lado, el jubilado parcial, que la conoce y, por otro, el relevista, que debe aprenderla. En opinión de López Cumbre, una fórmula aparentemente

lación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

⁶² Lo cual viene a quebrar la, hasta entonces, solidez de la voluntariedad del acceso a la jubilación.

⁶³ *Infra*, vid. epígrafe 3.6 del actual Capítulo.

⁶⁴ En este sentido, vid. GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 168 ss.

⁶⁵ MORENO ROMERO, F., «La jubilación parcial como forma de compatibilidad de la pensión con el trabajo», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. A.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 162.

te sencilla, pero de extraordinaria complejidad⁶⁶, ya que en ella concurren las vicisitudes propias y ajenas a la relación laboral del jubilado parcialmente y del trabajador relevista⁶⁷. La jubilación parcial había tenido una buena acogida en Francia y Alemania, lo que llevó al legislador a instaurarla⁶⁸; no obstante, en España, la nueva figura no obtuvo el éxito esperado⁶⁹. Con todo, para extender su uso, se sucedieron nuevas reformas⁷⁰: tal evolución normativa se calificó de «sofisticada y accidentada»⁷¹, para, finalmente, «morir de éxito»⁷².

Un año más tarde, el RD 1194/1985, de 17 de julio, sobre la anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo, viene a regular la jubilación anticipada a los 64 años, así como las reglas para la contratación de un trabajador sustituto. Se trata, de nuevo, de una medida de política de empleo, que fomenta la jubilación anticipada del trabajador maduro para que su puesto de trabajo no sea amortizado, sino, cubierto con un desempleado. En virtud de dicha figura, el empresario se compromete a la concertación de un contrato de al menos un año de duración, quedando excluido, en este caso, el recurso a la contratación eventual y a tiempo parcial.

En 1994, se acomete una importante reforma del ET, que culmina con la promulgación del RD-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta reforma consolida la regla general, respaldada por la jurisprudencia del TC, de que la jubilación no es causa de incapacidad para contratar, siendo un derecho de ejercicio voluntario⁷³. Con todo, la nueva disposición adicional décima, en su versión original, retoma y legitima la jubilación forzosa articulada por el Gobierno, como instrumento al servicio de una política de empleo, eso sí, con ciertos límites y requisitos que establece el propio precepto, quedando en particular, supeditada a la condición de que el trabajador afectado reúna los perío-

⁶⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., «Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo», *Tribunal Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 85, 1998, pp. 50 ss.

⁶⁷ MORENO ROMERO, F., «La jubilación parcial como forma de compatibilidad de la pensión con el trabajo...», *op. cit.*, p. 163.

⁶⁸ *In extenso*, vid. LÓPEZ BALAGUER, M., «La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual...», *op. cit.*, pp. 120 ss.

⁶⁹ Revelándose, según algunos autores, como un fracaso. En este sentido, vid. LÓPEZ CUMBRE, L., «Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo...», *op. cit.*, pp. 69 ss.

⁷⁰ *In extenso*, vid. FERRANDO GARCÍA, F., «La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición», en VV. AA. (Coord.: GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, S.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁷¹ DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A., «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control de gasto», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 1, 2002, p. 52.

⁷² LÓPEZ BALAGUER, M., «La jubilación parcial en España: evolución normativa...», *op. cit.*, p. 110.

⁷³ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 13-39.

dos de carencia para acceder a la pensión de jubilación de la Seguridad Social. Se confiere así al Gobierno, atendiendo a las disponibilidades del mercado de trabajo y de la Seguridad Social, la facultad de fijar la edad máxima para trabajar y, por consiguiente, el umbral temporal a partir del cual cabe la extinción contractual. Además, la Ley sigue permitiendo a la negociación colectiva pactar edades de jubilación ⁷⁴.

El RD-Ley de 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, da nueva redacción al artículo 12.6 ET: se introdujeron así algunos cambios en el contrato a tiempo parcial, así como en el régimen jurídico del contrato de relevo, haciéndolo más flexible para potenciar su uso ⁷⁵. De este modo, se confirma el recurso al instituto de la jubilación parcial como medida de política de empleo.

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, realizó dos reformas de alcance significativo en el ET, introducidas unos meses antes por el RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo. La primera otorga nueva redacción al artículo 12.6 ET, lo que va a posibilitar la jubilación parcial más allá de la edad ordinaria de jubilación, incorporándose al ordenamiento la denominada jubilación parcial autónoma. Esta nueva forma de jubilación ofrece la posibilidad de que, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, el trabajador pueda optar por compatibilizar su prestación de trabajo a tiempo parcial con la de jubilación, transformándose, por tanto, el contrato de trabajo a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial. Además, tiene la particularidad de que, a diferencia de lo que sucede con la jubilación parcial anticipada, el empresario no resulta obligado a la concertación de un contrato de relevo. Así, el trabajador maduro, en edad de jubilarse totalmente, tiene la posibilidad de optar por salir de la vida laboral activa de forma gradual, reduciendo paulatinamente su jornada laboral, a la vez que puede acceder a la prestación de jubilación, de manera proporcional a la jornada de trabajo que deja de realizar. La pretensión del legislador es alargar la vida laboral del trabajador, ampliando el uso de la jubilación parcial como medida de política de empleo, aunque la jubilación parcial autónoma no exige la realización de un contrato de relevo con un trabajador desempleado. En este caso, el instituto jubilar es utilizado como medida de ahorro del sistema de Seguridad Social, habida cuenta la reducción parcial de la cuantía de la pensión de jubilación,

⁷⁴ Vid. GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo...*, op. cit., pp. 205 ss.

⁷⁵ Vid., in extenso, CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999.

que, de otra forma, percibiría el trabajador íntegramente desde el acceso a la jubilación tras el cumplimiento de la edad ordinaria⁷⁶.

La segunda reforma introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, fue la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto, resultando la jubilación forzosa expulsada del ordenamiento laboral. El legislador, con esta medida, atendió a la tendencia de promover políticas de fomento del empleo. Así, en sintonía con la evolución demográfica del momento, las políticas sociales y económicas del año 2000, tal y como se aconsejaba en el Pacto de Toledo, tendían a flexibilizar la edad de jubilación y a compatibilizar la pensión de jubilación con la vida laboral activa⁷⁷.

La coincidencia en el tiempo, sin relación causa-efecto, de la reforma de la jubilación parcial con la supresión de la jubilación forzosa pactada por convenio colectivo, hace emerger tal figura jubilar y, cuantitativamente, su uso se dispara, iniciándose la «época dorada» de la institución⁷⁸.

Es preciso traer a colación, de nuevo, la reforma introducida por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, y el RD 1132/2002, de 31 de octubre, que desarrolló determinados preceptos de la Ley. En concreto, la jubilación flexible⁷⁹, que persigue rescatar al trabajador jubilado para traerlo, de nuevo, a la vida laboral activa, lo que pone de manifiesto el tercero de los efectos anteriormente descrito, en concreto, el que el hecho jubilatorio produce sobre el contrato de trabajo, la recuperación del mismo.

Siguiendo con las normas laborales, la Ley 14/2005, de 1 de julio, modificó el ET para incluir, únicamente, una nueva disposición adicional décima, que recuperó la desaparecida figura de la jubilación forzosa. Así, la norma autorizó a la negociación colectiva a establecer cláusulas convencionales de extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, siempre que este reuniera los requisitos exigidos para acceder a la prestación contributiva de jubilación y la medida estuviera vinculada a objetivos coherentes de política de empleo debidamente explicitados en el convenio colectivo⁸⁰. Sin duda, esta medida responde al deseo del legislador de vincular efectivamente la jubilación forzosa y los objetivos de empleo, conformando un

⁷⁶ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 13-39.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ CALVO GALLEGU, F., «La jubilación parcial y su permanente evolución: propuestas para su activación...», *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹ *Infra*, *vid.* epígrafe 3.4 del presente Capítulo.

⁸⁰ En este sentido, *vid.* ALZAGA RUIZ, I., «Vinculación de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo a objetivos coherentes de política de empleo», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2007, pp. 3212 ss.

punto de inflexión en la materia⁸¹. Asimismo, conforme su disposición transitoria única, la Ley de 2005 estableció la validez de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa suscritas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, siempre y cuando se cumpliesen los requisitos de acceso a la jubilación, lo que generó grandes controversias⁸².

La reforma introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modificación del Sistema de Seguridad Social, modificó la edad de acceso a la jubilación, así como los años de cotización exigidos para acceder a la prestación, lo que afectó a la regulación de todas modalidades de jubilación, anticipada o demorada, en las que la edad es el criterio fundamental para su aplicación⁸³. Asimismo, ordena al Gobierno «presentar un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades»⁸⁴.

El cumplimiento de este mandato es asumido por el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, aunque sin referencia a la garantía del relevo generacional. Las medidas de endurecimiento

⁸¹ CABEZA PEREIRO, J., «Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, de 1 de julio», *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2006, p. 915.

⁸² Así, tras la derogación de la disposición adicional décima del ET, por el RD-ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, desapareció la habilitación expresa al Gobierno y a las partes sociales para incluir en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa. Como consecuencia, al desaparecer tal habilitación, las cláusulas de jubilación forzosa introducidas en los convenios colectivos entre el 11 de julio de 2001 y el 3 de julio de 2005 fueron consideradas por el TS nulas de pleno derecho. Tras los vaivenes jurisprudenciales, finalmente, las STS de 9 de marzo de 2004 –Rec. núm. 765/03– estableció, por un lado, que no se podían introducir cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, en la medida en que la limitación del derecho al trabajo en su vertiente individual pertenece al ámbito de la reserva de ley y que las razones de política de empleo que amparaban la constitucionalidad de las jubilaciones forzosas habían desaparecido. Por otro lado, la Resolución también apunta que la derogación no afectaba a las cláusulas sobre jubilación forzosa pactadas en convenio con anterioridad y que eran válidas mientras estuvieran vigentes ya que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente con la duración de los convenios colectivos. Con todo, el descontento de los agentes sociales dio lugar a un nuevo acuerdo sobre la posibilidad de fijar edades de jubilación por medio de convenio colectivo y recuperar la disposición adicional décima. La Ley 14/2005 fue dictada en aplicación del acuerdo y de la doctrina establecida por las SSTs de 9 de marzo de 2004. En este sentido, llama la atención el régimen jurídico de la disposición transitoria de la Ley 14/2005, que convalida la legalidad de dichas cláusulas y, por tanto, establece mayores exigencias para los convenios colectivos que incluyan cláusulas de jubilación forzosa tras su entrada en vigor, que para aquellos otros que, hasta la reforma, habían sido considerados ilegales.

⁸³ TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La reforma de la edad ordinaria de jubilación en la Ley 11/2007», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2011, pp. 149-175.

⁸⁴ DA 37.^a Ley 27/2011: «El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades».

de la jubilación parcial⁸⁵ que trajo consigo esta norma, pudieron ser el principio del fin para esta modalidad de jubilación que, aún sin desaparecer del ordenamiento jurídico, pasa a ocupar un espacio residual del instituto jubilar⁸⁶. En la exposición de motivos, la norma señala que «el incremento de la edad de jubilación, la prolongación de la vida activa y el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad suponen elementos básicos para la adecuación y sostenibilidad de las pensiones. Para ello, es recomendable vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida, racionalizar el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral, y favorecer la prolongación de la vida laboral, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo»⁸⁷. Con el eufemismo «envejecimiento activo» se justifica el retraso de la edad de jubilación, cuando en realidad lo que se pretende es prolongar la vida activa del trabajador para aumentar el número de años de cotización y, por consiguiente, reducir sus años pensionables.

Los objetivos del RD-Ley 5/2013, en coherencia con la recomendación núm. 12 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2 de febrero de 2011, son: favorecer la aproximación de la edad real de jubilación a la edad legal de acceso a la misma, otorgándole mayor relevancia a la carrera de cotización del trabajador; reservar la jubilación anticipada para aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización; facilitar la coexistencia de salario y pensión; combatir la discriminación por razón de la edad en el mercado de trabajo; y contribuir a la racionalización del sistema de prestaciones. En concreto, para luchar contra la discriminación, la norma realiza una exhaustiva regulación del régimen de aportaciones al Tesoro Público de las empresas con beneficios que realicen despidos de trabajadores mayores de cincuenta años⁸⁸. Asimismo, para

⁸⁵ *In extenso, vid.*, MARTÍNEZ-BOTELLO, P., «Acerca del endurecimiento en el acceso a la jubilación parcial anticipada: de aquellos barros estos lodos», *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015.

⁸⁶ MORENO ROMERO, F., «La jubilación parcial como forma de compatibilidad de la pensión con el trabajo...», *op. cit.*, p. 167.

⁸⁷ Exposición de motivos, RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2013.

⁸⁸ Como medida para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos, el artículo 10 del RD-Ley 5/2013 reforma el Régimen de aportaciones económicas por despidos, otorgándole una nueva redacción a la DA 16 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Así, las empresas que realicen despidos colectivos, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que concurren las siguientes circunstancias: «a) que los despidos colectivos sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. b) Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más

compatibilizar vida activa y pensión y favorecer el alargamiento de la vida activa y la sostenibilidad del sistema emerge una nueva figura de jubilación, la jubilación activa⁸⁹, que permite compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación y el trabajo, sin que, en este caso, se desprendan efectos sobre la pensión⁹⁰.

El envejecimiento activo se ha convertido en el foco de atención del legislador. Así, para potenciar el mantenimiento de los trabajadores maduros en el mercado laboral, al tiempo que se han endurecido los requisitos de acceso a la pensión de jubilación –aumentando progresivamente la edad de acceso a la misma y los años de cotización– se han ido configurando nuevas modalidades de jubilación, flexibilizándola, con el fin de garantizar la sostenibilidad del sistema de protección social, en particular, el coste de las prestaciones de jubilación⁹¹. Sin ser una regla absoluta, muchos trabajadores alcanzan la edad de jubilación conservando en perfecto estado sus facultades físicas y psíquicas, de tal manera que pueden seguir contribuyendo a la sociedad trabajando. Sin duda, el trabajo forma parte de la esencia del ser humano. Asimismo, como valor añadido, los conocimientos y la experiencia que aportan estos trabajadores, puede contribuir cualitativamente en la mejora de la productividad. No parece que esta nueva construcción jurídica sea desacertada, pudiéndose decir que es razonable⁹².

La flexibilidad es la capacidad para poder elegir entre varias opciones y el envejecimiento activo, operado a través de políticas de jubilación flexible, podría conformar una opción más entre otras posibilidades⁹³. Por tanto, se plantea si debería contemplarse la edad del trabajador como el umbral a partir del cual se abra un abanico de posibilidades para acceder a la prestación de jubilación –combinando trabajo y jubilación en función de los deseos y necesidades individuales de cada trabajador–, o si, por el contrario, la edad debe ser el elemento que agote el derecho al trabajo⁹⁴.

años sobre el total de trabajadores de la empresa. c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: 1.ª Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo. 2.ª Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha».

⁸⁹ Actualmente, artículo 214 LGSS.

⁹⁰ *Infra*, vid. epígrafe 3.5 del presente Capítulo.

⁹¹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, op. cit., p. 192.

⁹² MORENO DE LA VEGA Y LOMO, F., «Jubilación y edad: reflexiones actualizadas», *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2018, pp. 295 ss.

⁹³ LOPEZ CUMBRE, L., «Jubilación flexible en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número monográfico sobre jubilación flexible, 2002, pp. 77-114.

⁹⁴ *Ibidem*.

3. MODALIDADES DE JUBILACIÓN

3.1 La jubilación ordinaria

La pensión de jubilación es, por definición, una prestación protectora que cubre la pérdida de ingresos debido al cese en el trabajo por razón de la vejez y la edad es uno de los factores que la determinan. Con todo, por sí sola, la edad no es un criterio objetivo de vejez. En efecto, la vejez es incierta y modificable en función de las circunstancias, tanto personales como profesionales y económicas. No obstante, la edad es el criterio legal de referencia para establecer el acceso del trabajador a la prestación de jubilación.

Pese a la creencia generalizada de que la edad ordinaria de jubilación se ha postergado hasta que el trabajador cumpla 67 años, este hecho no es del todo cierto. El artículo 205.1.a) LGSS, ciertamente, eleva la edad general de acceso a la pensión contributiva de jubilación a los 67 años, con todo mantiene el acceso a la jubilación a los 65 años en función del tiempo de cotización acreditado. En concreto, el trabajador que reúna un periodo de cotización de 38 años y 6 meses jubilarse, si así lo desea, a los 65 años⁹⁵. La Ley establece un período transitorio de adaptación⁹⁶, tanto para el aumento de la edad de jubilación como para el período de carencia exigido para poder jubilarse a los 65 años, aumentando ambos parámetros, progresivamente, desde el 1 de enero de 2013 hasta el 1 de enero de 2027, fecha, esta última, en que la previsión será plenamente efectiva. Así, por ejemplo, en el año 2024, aquellos trabajadores que hayan cotizado menos de 38 años pueden acceder a la jubilación a la edad de 66 años y 6 meses; en tanto que aquellos que hayan cotizado ese tiempo o más podrán jubilarse, si así lo desean, a los 65 años⁹⁷.

Se puede afirmar, por tanto, que la edad para acceder a la jubilación no es una, sino dos, en función del tiempo de cotización al Sistema, que a la postre, es el criterio que va a determinar la edad de acceso a la misma. Habida cuenta la derivada del panorama económico actual, cada vez será más complicado mantener una carrera laboral estable y prolongada. Diversos factores, en efecto, dificultan esa estabilidad: entre ellos, la abusiva contratación temporal que se ha realizado hasta la fecha –que el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre,

⁹⁵ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., «La Jubilación ordinaria del trabajador maduro...», *op. cit.*, p. 96.

⁹⁶ La tabla de transitoriedad se puede consultar en la DT 7.^a, LGSS.

⁹⁷ TORTUERO PLAZA, J. L., *La reforma de la jubilación. (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 82.

pretende atajar—⁹⁸, el elevado desempleo o la evidencia de que las generaciones actuales acceden al mercado laboral mucho más tarde como consecuencia, entre otras causas, del alargamiento del período formativo⁹⁹.

Las pensiones contributivas de jubilación representan el porcentaje más elevado del gasto del régimen público de Seguridad Social¹⁰⁰. Para cumplir con el Pacto para la Estabilidad y Crecimiento¹⁰¹, que limita el gasto público, y siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo de 2011, en torno al refuerzo del principio de contributividad del sistema, la Ley 27/2011 estableció nuevos parámetros para determinar la cuantía de la pensión y sus revalorizaciones, con el fin de limitar la tasa de sustitución. En este sentido, se modifica el procedimiento de cálculo de la prestación de jubilación con el objetivo de generar un sistema más equitativo y alcanzar una mayor proporcionalidad entre las contribuciones realizadas por el trabajador a lo largo de su vida laboral y la cuantía de la prestación¹⁰². Así, en virtud del artículo 209 LGSS, para la obtención de la base reguladora de la prestación, se dividirá la suma de las bases de cotización del beneficiario durante los trescientos meses anteriores al mes previo al del hecho causante entre trescientos cincuenta, pasando así a computar las bases de cotización de los últimos 25 años, frente a los 15 años tomados en consideración antes de la reforma¹⁰³. Para realizar el cálculo, las bases de cotización correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computan por su valor nominal. Y las restantes bases, en cambio, se actualizan de acuerdo con la evolución que haya experimentado el IPC, desde el mes a que aquellas correspondan, hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período a que se refiere la regla anterior.

La DT 8.^a LGSS estableció ciertas normas transitorias¹⁰⁴, de aplicación progresiva hasta el año 2022, para determinar la base reguladora de la pensión de jubilación, suavizando el impacto que la nueva norma tendrá sobre aquellos trabajadores próximos a la edad de jubilación. Asimismo, durante el mismo

⁹⁸ En este sentido, hay que decir la tasa de temporalidad de los trabajadores maduros es menor. La mala noticia es que, tal vez, se deba a que los mecanismos de retorno al mercado de trabajo no funcionan.

⁹⁹ MALDONADO MOLINA, J. A., «La edad de jubilación, retiro y vejez», en AA. VV. (Dir. y Coord.: MONEREO PÉREZ, J. L., y MALDONADO MOLINA, J. A.), *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011, p. 108.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

¹⁰¹ El Pacto fue suspendido hasta 2023 para afrontar el impacto económico causado por la pandemia provocada por la enfermedad del Covid-19. En la actualidad, la UE está reformando para aumentar su eficacia.

¹⁰² ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...» *op. cit.* p. 115.

¹⁰³ Artículo 209.1.a) LGSS.

¹⁰⁴ DT 8.^a LGSS.

período transitorio, se previó una excepción para los trabajadores de más de 55 años en situación de desempleo y que hubieran cesado en el trabajo por causa no imputable a su voluntad, para que, cuando les resultase más favorable, pudiesen optar por la aplicación del período de cálculo previsto en el artículo 209.1, sin estar sujetos a las medidas transitorias¹⁰⁵.

Con todo, los más perjudicados son aquellos trabajadores que deban de integrar lagunas, esto es períodos en los que no haya existido cotización. En efecto, tras su modificación, la norma establece que «si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por ciento de dicha base mínima. En los supuestos en que, en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía»¹⁰⁶. La medida es muy severa y, sin lugar a dudas, supone un recorte de la protección social de los trabajadores maduros, ya que, hasta la modificación de esta norma, la integración de lagunas siempre se realizaba con el salario mínimo interprofesional¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Apartados 2 y 3 de la DT 8.ª LGSS: «Normas transitorias sobre la base reguladora de la pensión de jubilación... 2. Desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, para quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, por las causas y los supuestos contemplados en el artículo 267.1.a) y, a partir del cumplimiento de los cincuenta y cinco años de edad y al menos durante veinticuatro meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, la base reguladora será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior. Desde el 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2021, para quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, por las causas y los supuestos contemplados en el artículo 267.1.a) y, a partir del cumplimiento de los cincuenta y cinco años de edad y al menos durante veinticuatro meses, hayan experimentado una reducción de las bases de cotización respecto de la acreditada con anterioridad a la extinción de la relación laboral, la base reguladora será la establecida en el artículo 209.1, siempre que resulte más favorable que la que le hubiese correspondido de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. La determinación de la base reguladora de la pensión, en los términos regulados en los apartados 2 y 3, resulta de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos con respecto a los cuales haya transcurrido un año desde la fecha en que se haya agotado la prestación por cese de actividad, regulada en el título V, siempre que dicho cese se produzca a partir del cumplimiento de los cincuenta y cinco años de edad».

¹⁰⁶ Artículo 209.1.b) LGSS.

¹⁰⁷ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 117.

La determinación de la cuantía también fue objeto de modificación vía reforma del tipo y del tiempo de cotización¹⁰⁸ –también con un régimen transitorio¹⁰⁹–. Así, para que el porcentaje aplicable a la base reguladora sea del cien por ciento, es necesario sumar dos años más al periodo de cotización, esto es, en lugar de los 35 años que se exigían anteriormente, ahora se requieren 37 años de cotización completos. Asimismo, hay señalar que, una vez que se alcanza el tiempo mínimo de cotización que da lugar a una prestación del cincuenta por cien de la base reguladora –15 años–, el resto del tiempo a contabilizar para el cálculo de la prestación se determina de forma mensual, y no anual, como anteriormente.

La reforma llevada a cabo por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, atendiendo a la recomendación 12 del Pacto de Toledo, introdujo diversas medidas que pretenden favorecer un alineamiento progresivo entre la edad real y la edad ordinaria legal de jubilación. En concreto, con referencia a la necesidad de retrasar la edad de jubilación para reforzar la sostenibilidad del sistema, favorece la utilización de la jubilación demorada, mejorando los incentivos existentes para las personas trabajadoras que voluntariamente prolonguen su vida laboral. Antes de esta reforma, el trabajador que demoraba su jubilación obtenía un porcentaje adicional de entre un 2 y un 4 por ciento, en función de los años acreditados hasta entonces y por cada año transcurrido, más allá de la edad ordinaria y hasta la edad efectiva de jubilación. La reforma establece un complemento económico por cada año completo de trabajo efectivo que se acredite más allá de la edad ordinaria de jubilación que corresponda en cada caso. No obstante, el trabajador podrá elegir la forma de percibir este complemento. La primera opción es la obtención de un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada año completo de trabajo efectivo que se acredite después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación –que se sumará al que corresponda de acuerdo con los años cotizados a efectos de determinar la cuantía de la prestación– lo que supondrá un aumento de la cuantía de la pensión¹¹⁰. La segunda opción es recibir en un pago único, una cantidad a tanto alzado por cada año completo de trabajo efectivo cotizado y acreditado entre la fecha de

¹⁰⁸ Artículo 210.1 LGSS, a cuyo tenor, «1. La cuantía de la pensión de jubilación se determinará aplicando a la base reguladora (...), los porcentajes siguientes: a) Por los primeros quince años cotizados, el 50 por ciento. b) A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses uno y doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,19 por ciento, y por cada uno de los que rebasen el mes doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,18 por ciento, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por cien, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente».

¹⁰⁹ La DT 9.ª LGSS dispone el régimen transitorio de aplicación de los porcentajes a atribuir a los años cotizados para calcular la pensión de jubilación hasta el año 2027.

¹¹⁰ Artículo 210.2.a) LGSS.

cumplimiento de la edad de jubilación y la del hecho causante de la pensión ¹¹¹. La tercera opción es una combinación de la dos anteriores, con el objeto de poder disfrutar de las dos ventajas, disminuyendo el abono a tanto alzado y el porcentaje que se sumará a la base reguladora ¹¹². En cualquier caso, adicionalmente, el trabajador queda eximido de la obligación de cotizar por contingencias comunes, salvo en caso de incapacidad temporal, a partir de la fecha que corresponda a la jubilación ordinaria.

Por otra parte, se plantea el problema del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, una vez causadas ¹¹³. La revalorización anual de las pensiones tradicionalmente se había vinculado al IPC anual, calculándose, por tanto, en función del aumento del coste de la vida. No obstante, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, introdujo el factor o índice de revalorización anual de las pensiones, que se describía como la diferencia entre la tasa de crecimiento nominal de la Seguridad Social y los gastos si no se actualizasen las pensiones, teniendo en cuenta, el crecimiento del número de pensiones y el crecimiento de la pensión media debido al efecto de la sustitución. El resultado obtenido no podía originar un incremento anual inferior al 0,25%, ni, tampoco, ser superior a la variación porcentual del IPC en el periodo anual anterior sumándole el 0,50%. Con todo, la aplicación de este indicador, como se indicó anteriormente, se dejó en suspenso y nunca se utilizó.

En efecto, la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado, dispone, en el Capítulo I, del Título IV, la revalorización de las pensiones, suspendió su aplicación. En esa misma línea, para el año 2021, la disposición adicional cuarenta y ocho de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, lo suspendió de nuevo, remitiéndose a la Ley 6/2018 para la revalorización de las pensiones ¹¹⁴, incrementándose las pensiones contributivas en 2021, con carácter general, un 0,9%, en los términos establecidos en el Título IV y disposiciones concordantes de la Ley 11/2020.

Finalmente, siguiendo la recomendación del Pacto de Toledo, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha recuperado el IPC o inflación media re-

¹¹¹ Artículo 210.2.b) LGSS.

¹¹² Artículo 210.2.c) LGSS.

¹¹³ Artículo 50 CE: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la Tercera Edad».

¹¹⁴ Previamente y para 2020, la disposición adicional única del RD-ley 1/2020, de 14 de enero, había suspendido también la aplicación del artículo 58 LGSS. El artículo 1 del RD-ley ordenó que la revalorización de las pensiones se realizara en 2020 de acuerdo con lo establecido en la Ley 6/2018: «En tanto no se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2020, el contenido del título IV y de las disposiciones adicionales concordantes de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, así como de sus disposiciones de desarrollo, mantendrá su vigencia en 2020, con las modificaciones y excepciones que se establecen en este artículo».

gistrada en el ejercicio anterior como el indicador a tener en cuenta para la revalorización de las pensiones, como garantía del poder adquisitivo y para garantizar la suficiencia económica de los pensionistas, en sintonía con el artículo 50 CE. Así, la nueva redacción del artículo 58, rubricado, «Revalorización y mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones», va más allá de la redacción anterior, que se refería, exclusivamente a la «Revalorización»¹¹⁵. Ello indica la doble intención del legislador, por una parte, la aplicación del criterio seleccionado para la revalorización, y por otra, que el pensionista mantenga su capacidad económica¹¹⁶, y así se ordena en el apdo. 1 del artículo 58, de manera imperativa, que las pensiones contributivas de la Seguridad Social «mantendrán su poder adquisitivo». Además, también se prevé la realización, cada cinco años y en el marco del diálogo social, de una evaluación de los efectos de la revalorización anual, que contendrá, en su caso, una propuesta de actuación de la que se dará traslado a la Comisión parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo¹¹⁷.

Hay que recordar que, en el año 2011, y con el fin de contener el gasto, se introdujo en el ordenamiento interno, el factor de sostenibilidad, a aplicar a partir de 2027, para calcular la cuantía de las pensiones de jubilación¹¹⁸. Esta medida de corrección estaba destinada a subsanar dos de las disfunciones presentes en nuestro sistema de protección social: por una parte, adaptar el sistema para que no fuera deficitario y, por otro lado, ajustar las prestaciones de jubilación en función a la esperanza de vida. El factor de sostenibilidad, también llamado factor de equidad generacional, pretendía reducir las pensiones para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, teniendo en cuenta factores como la tasa de natalidad, la esperanza de vida¹¹⁹, las jubilaciones anticipadas y las tasas de empleo en un momento concreto¹²⁰. Así, una vez aplica-

¹¹⁵ *In extenso*, vid. GALA DURÁN, C., «Pensiones. Las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones de 2021. Jubilación», Aranzadi, núm. 11/2021, BIB 2021/5212, p. 2.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ PROL, F. y VAQUERO GARCÍA, A., «Revalorización de pensiones y mantenimiento del poder adquisitivo. Análisis en clave jurídica y económica», *Temas Laborales*, núm. 163, 2022, pp. 75 ss.

¹¹⁷ DA 39.^a LGSS.

¹¹⁸ Artículo 8 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que introduce una nueva DA 59.^a LGSS de 1994. El factor de sostenibilidad se incorporó al artículo 211 LGSS de 2015 y derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 21/2021.

¹¹⁹ Así, en el año 2011 la esperanza media de vida a los 65 años era de 18,6 años para los hombres y de 22,6 años para las mujeres, mientras que para el año 2021 las proyecciones del INE eran de 19,7 años para los hombres y en 23,6 años para las mujeres. Vid. GÁLVEZ LINARES, B. y DÍAZ SÁNCHEZ DE LA NIETA, B., «La sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social», *Revista Española de Control Externo*, vol. XXIII, núm. 67, 2021, nota 21, p. 95.

¹²⁰ *In extenso*, vid. SEMPERE NAVARRO, A. V., «El factor de sostenibilidad del sistema», en AA. VV. (Dir.: SEMPERE NAVARRO y FERNÁNDEZ ORRICO), *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 215.

da la fórmula matemática, el factor de sostenibilidad debería ser menor que 1 –al incrementarse la esperanza de vida–, lo que, poco a poco, determinaría la reducción de las pensiones en función del aumento de la esperanza de vida de los cotizantes ¹²¹.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, finalmente, derogó el factor de sostenibilidad, que nunca se implementó, y lo ha sustituido por el Mecanismo de Equidad Intergeneracional –MEI–, una medida cuyo funcionamiento está previsto en la disposición final cuarta, de la citada norma, siendo de aplicación a partir de 2023. El primer componente del MEI pretende nutrir el Fondo de Reserva de la Seguridad Social hasta 2032, mediante una cotización adicional de 0.6 puntos de la aportación por contingencias comunes, durante un periodo de 10 años, para poder financiar, a partir de 2033, las posibles desviaciones del gasto. Asimismo, partir de esa fecha, si los activos del Fondo de Reserva no fueran suficientes para mitigar el desfase, la medida a adoptar sería una reducción del porcentaje del gasto en pensiones sobre el PIB o un incremento de los tipos de cotización.

Finalmente, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, ha introducido en la LGSS el artículo 19.*bis* que establece que la cuota de solidaridad será el resultado de aplicar un tipo del 5,5 por ciento a la parte de retribución comprendida entre la base máxima de cotización y la cantidad superior a la referida base máxima en un 10 por ciento; el tipo del 6 por ciento a la parte de retribución comprendida entre el 10 por ciento superior a la base máxima de cotización y el 50 por ciento; y el tipo del 7 por ciento a la parte de retribución que supere el anterior porcentaje.

Sin duda, esta reforma, frente a las antiguas medidas para reducir el gasto, está dirigida a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones procurando nuevas fuentes de ingresos ¹²². De este modo, se pretende preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones y liberar a las más jóvenes de un ajuste provocado por la llegada a la jubilación de grupos de trabajadores más numerosos ¹²³. Sin olvidar la importancia de la sostenibilidad del sistema, que ahora se liga al MEI, la revalorización de las pensiones deja de estar supedita-

¹²¹ Artículo 211 LGSS.

¹²² PÉREZ DEL PRADO, D., «La reforma del régimen de financiación de la Seguridad Social ¿Cambio de rumbo de la sostenibilidad de las pensiones?», *Temas Laborales*, núm. 163, 2022, pp. 34-35.

¹²³ *In extenso, vid.*, CABERO MORÁN, E., «Del factor de sostenibilidad de las pensiones al mecanismo de equidad intergeneracional», *Trabajo y Derecho*, núm. 87, 2022, pp.; LÓPEZ GANDIA, J. «Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional», *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021, pp. 47 ss.

da a aquella, conformándose como una herramienta autónoma con el único fin mantener del poder adquisitivo de las pensiones, un cambio, sin duda, transcendente¹²⁴, pero, también, cuestionable.

Con todo, la flexibilización de la edad ordinaria de jubilación conlleva el retraso de la edad real de jubilación, pero, en opinión de Maldonado Molina, también un riesgo de ruptura –triple– de la solidaridad. En primer término, en un momento en que el desempleo juvenil es muy elevado, se obstaculiza el reemplazo generacional al permanecer los trabajadores maduros más tiempo en activo, por lo que el pacto entre generaciones se ve afectado¹²⁵. Además, el ahorro generado es relativo: aunque el trabajador maduro que permanece en el mercado de trabajo genera más ingresos al Sistema –ya que su renta es más alta y, por tanto, también su cotización– también se beneficia, a partir del cumplimiento de la edad de jubilación, de una exención de la obligación de cotizar por contingencias comunes –salvo en el caso de incapacidad temporal, de acuerdo con el artículo 152. LGSS–; en todo caso, si bien el trabajador maduro ocasiona menos gastos mientras permanece en activo –al reducirse el tiempo de pensión–, una vez que accede a la jubilación, tiene derecho a un complemento económico por año completo trabajado. En segundo lugar, si se obliga a trabajar más años, se rompe el pacto generacional entre los jubilados actuales y los futuros jubilados¹²⁶. Finalmente, al vincular la pensión a la vida laboral, los hombres se jubilarán antes que las mujeres, ya que estas soportan frecuentemente carreras laborales más cortas, vulnerables e inestables, por lo que la solidaridad entre hombres y mujeres también se ve afectada¹²⁷.

Según el Informe Económico-Financiero del Proyecto de Presupuestos de Seguridad Social de 2022, la edad real de jubilación ha aumentado ligeramente, situándose la edad media de las nuevas jubilaciones, hasta el 31 de agosto de 2021, en 64 años y 6 meses, inferior en un año y cuatro meses a los 66 años establecidos como edad legal en 2021¹²⁸. Si se desglosa por sexo, el incremento de la edad ha sido algo mayor para las mujeres –de 65,09 años, frente a los 64,33 años de los hombres–, debido a que las carreras de cotización de estos

¹²⁴ FERNÁNDEZ PROL, F. y VAQUERO GARCÍA, A., «Revalorización de pensiones y mantenimiento del poder adquisitivo...», *op. cit.*, pp. 75 ss.

¹²⁵ MALDONADO MOLINA, J. A., «Trabajadores maduros y pensionistas productivos», en VV. AA. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019, p. 528.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Informe Económico-Financiero del Proyecto a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2022, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, p. 213. Accesible en <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1dbab921-a626-43cb-84f2-8ecdeadc91a/20223SNT3.pdf?MOD=AJPERES>

son más largas y, por consiguiente, han podido acceder antes a la jubilación. Dado que lo que determina la edad de jubilación es el esfuerzo contributivo, se puede decir que la Ley recompensa, con una jubilación más pronta, a aquellos trabajadores con carreras de cotización largas y estables; sin embargo, penaliza a aquellos otros que han sufrido una vida laboral más inestable, con menos cotización por mor de la precariedad laboral, un perfil que, como se ha avanzado, puede responder a mujeres maduras, que son las que, probablemente, hayan soportado mayor precariedad a lo largo de la vida laboral¹²⁹. En palabras de Cabeza Pereiro, «si se hace un retrato tipo de este individuo, es una persona con carrera quebrada que ha pasado por períodos de desempleo o de alejamiento del mercado de trabajo. Y, probablemente, una mujer»¹³⁰.

Hay que señalar que la normativa española no establece diferencias en torno a la edad de jubilación entre hombres y mujeres¹³¹, como sí sucede en algunos países de la UE, en los que se adelanta la edad ordinaria de jubilación de las mujeres en relación con la de los hombres¹³². Para acreditar los 38 años y 6 meses de cotización que exige la reforma para poder seguir jubilándose a los 65 años, solo podrán contabilizarse los días efectivamente cotizados o asimilados, como, por ejemplo, las cotizaciones ficticias¹³³ imputadas por excedencia por «cuidado de hijos u otros familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad»¹³⁴. No obstante, el colectivo femenino se verá perjudicado por la eliminación de los días-cuota¹³⁵ para la determinación de la

¹²⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social...*, op. cit., p. 200.

¹³⁰ CABEZA PEREIRO, J., «En cuanto al debate de las pensiones», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017, p. 43.

¹³¹ *Vid.*, in extenso, BALLESTER PASTOR, M. A., *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 158 ss.

¹³² *Vid.* MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, op. cit., p. 192. Esa distinción ya fue debatida por la Directiva de la Comunidad Europea 7/79, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por si la diferenciación quebraba o no el principio de discriminación, llegándose a una respuesta negativa.

¹³³ El Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de febrero de 2011, reconocía el impacto desigual entre hombres y mujeres que producía la prolongación de las carreras de cotización. Se sugirieron algunas medidas para corregirlo, relacionadas exclusivamente con actividades de conciliación, basadas en un mecanismo de cotizaciones ficticias.

¹³⁴ Artículo 237 LGSS.

¹³⁵ La doctrina establecida por la STS de 10 de junio de 1974 señaló que «debe primar el sentido de “día de cotización” y no el de día de trabajo o natural (...) los textos legales no imponen, ni de sus términos puede deducirse, una distinción entre los efectos que produce la cotización por las pagas ordinarias y por las extraordinarias (...) el año a dichos efectos de cotizaciones no consta solamente de los trescientos sesenta y cinco días naturales, sino de éstos y los días-cuotas abonados por las gratificaciones extraordinarias». La STS de 22 de septiembre de 2020 –Núm. Rec. 2429/2018– confirma esta doctrina y declara que: «La doctrina jurisprudencial sobre los días-cuota –entendida en el sentido de que la cotización por las pagas extraordinarias aprovecha exclusivamente para el período de cotización necesario para la concesión

conurrencia del período mínimo de carencia para acceder a la prestación¹³⁶. Tal y como está repartido el mercado de trabajo, será más fácil que un hombre pueda acreditar una carrera laboral completa, accediendo al retiro a los 65 años, mientras que esa acreditación va a resultar más difícil para aquellas mujeres con una vida laboral incompleta, si, además, se suprime el mecanismo que favorecía dicho acceso a través de la consideración como período de cotización de un tiempo adicional en atención a las pagas extraordinarias percibidas. El colectivo femenino, sin duda, se verá penalizado, al tener que trabajar más allá de los 65 años, lo cual producirá un impacto negativo por razón de género. La única explicación posible a esta penalización del sexo femenino es que la reforma de la Ley, al realizar cálculos actuariales, haya previsto una mayor esperanza de vida de las mujeres¹³⁷, lo cual, no parece acertado.

3.2 La jubilación anticipada

El estudio de la jubilación anticipada resulta una ardua tarea, debido, entre otras causas, a las múltiples modalidades existentes, a la vigencia transitoria de la normativa anterior a la reforma de 2011¹³⁸ y a la aplicación progresiva de los nuevos criterios de acceso –edad, cotización y base reguladora–¹³⁹. Su regulación, además, ha sufrido numerosas modificaciones, que han tratado de atender a las circunstancias económicas y a las políticas socio-laborales de las distintas etapas históricas. Así, mientras en algunos momentos se incentivó la salida de los trabajadores de edad madura del mercado laboral para dejar

del derecho a prestaciones, a cuyos efectos el año no consta sólo de los 365 días naturales, sino de éstos y de los días-cuotas abonados por gratificaciones extraordinarias–, sigue plenamente vigente para la determinación del periodo de carencia de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, pero ya no por lo que se refiere al cálculo del periodo de carencia necesario para la pensión de jubilación (...) respecto de la cual la Ley 40/2007 ha incorporado al artículo 161.1.b) LGSS la misma previsión de que “a efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias” que ya había introducido la Ley 35/2002 en el número 3.d) del citado artículo respecto de la jubilación anticipada. No debiéndose, con fundamento en dicha Ley 40/2007, modificar la doctrina jurisprudencial que ha venido excluyendo el cómputo de los días-cuota a efectos del cálculo de la base regulara o el porcentaje aplicable a ella por años de cotización, puesto que, como se destaca en los escritos de impugnación, las pagas extras se prorratan en los doce meses de cotización y, por tanto, ya se computan para el cálculo de la base reguladora y que, de entenderse lo contrario y adicionar los días-cuota, existiría una duplicidad en lo que a tales pagas extraordinarias afecta».

¹³⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, op. cit., p. 207.

¹³⁷ MALDONADO MOLINA, J. A., «Trabajadores maduros y pensionistas productivos...», op. cit., p. 529.

¹³⁸ Solo para determinadas modalidades, con la posibilidad de acogerse a la misma en determinados supuestos incluso aunque el acceso a la jubilación se haya producido tras su entrada en vigor.

¹³⁹ RODRÍGUEZ INIESTA, G., «La jubilación anticipada», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 118.

paso a personas más jóvenes, en otros, como sucede en la actualidad, se incentiva la prolongación de la vida laboral, lo que dificulta, según algunos, la incorporación de estos al mercado de trabajo. La jubilación anticipada, en la medida en que permite el acceso a la pensión antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación, contrasta, pues, con las actuales políticas que incentivan la actividad laboral más allá de esa edad, fomentando el retraso de la misma con alicientes económicos, como los que se vinculan a la jubilación demorada¹⁴⁰.

En el Informe de Evaluación y Reforma de los Pactos de Toledo del año 2011, la Comisión señalaba que la jubilación anticipada se había convertido, básicamente, en una forma de regulación de empleo «que debería reservarse a aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización y, voluntariamente, opten por acogerse a ella». Preveía, no obstante, mecanismos de jubilación anticipada a favor de colectivos que realizasen actividades de especial penosidad, peligrosidad o insalubridad –con elevados índices de morbilidad o mortalidad–, así como con discapacidad –cuando, de forma generalizada y apreciable, supusiera una reducción de su esperanza de vida–. Además, la Comisión proponía combatir la discriminación por edad en nuestro mercado laboral, «restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral, como orientación de futuro en las políticas de igualdad, de acuerdo con las iniciativas de la Unión Europea». Este argumento llevó al legislador a adoptar medidas para dificultar el acceso a la jubilación anticipada a través de la negociación colectiva o expedientes de regulación de empleo, elevando, para ello, los estándares legales, es decir, limitando los supuestos de acceso, así como exigiendo la acreditación de carreras de seguros más prolongadas¹⁴¹. Se pretendía, de esta manera, desincentivar su utilización, al entender que la medida no se utilizaba como una herramienta para el reparto del empleo, sirviendo, básicamente, para sanear sectores industriales o empresas en crisis.

Siguiendo la línea del Acuerdo anterior, el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, de noviembre de 2020, recoge recomendaciones expresas para la mejora del sistema público de pensiones. La Comisión abordó los elementos que conforman la jubilación anticipada ordinaria¹⁴², al margen

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La jubilación anticipada voluntaria. En particular la jubilación por mantenimiento de derechos adquiridos y el complemento a mínimos», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 199.

¹⁴¹ ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo...*, op. cit., p. 273.

¹⁴² También conocida como jubilación anticipada de carácter estable y estructural. Su régimen jurídico está previsto en el artículo 207 LGSS, la de carácter involuntario, y en el artículo 208 LGSS, la decidida por la libre voluntad del interesado. En todo caso, lo fundamental es diferenciarla de la jubilación

de la actividad profesional que desarrolle. Y, la recomendación 12 del Informe, sobre edad de jubilación, promueve el establecimiento de medidas que dificulten el abandono prematuro de la vida laboral activa, mediante el recorte de la cuantía de la pensión vía aplicación de los coeficientes reductores.

Tras el Acuerdo suscrito entre el Gobierno y los interlocutores sociales, el 1 de julio de 2021¹⁴³ –que recoge algunas de las recomendaciones del Pacto–, el legislador acomete la nueva reforma, operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, que, entre otras instituciones, modifica la jubilación anticipada. Así, para contenerla, la reforma introduce unos nuevos coeficientes penalizadores más equitativos, pero no modifica ni los requisitos de acceso ni las distintas formas de jubilación anticipada existente.

El supuesto básico de jubilación anticipada permite adelantar la edad ordinaria de jubilación cuando concurren circunstancias de diversa índole: en concreto, razones de seguridad o salubridad –que atienden a la penosidad, morbilidad o peligrosidad de ciertas profesiones–; políticas de empleo, a favor de la protección de determinados colectivos vulnerables; o, incluso, respeto a normas legales o regímenes de protección social ya inexistentes. Así, se permite un tratamiento diferenciado, para cada uno de estos supuestos, causando el derecho a recibir una pensión de jubilación a pesar de no cumplir el requisito general de la edad¹⁴⁴.

La normativa vigente diferencia varias situaciones desde las que puede accederse a esta forma de jubilación. Así, en primer término, se contempla la posibilidad de anticipar la edad ordinaria de jubilación de determinados colectivos expuestos a especiales condiciones laborales o con características psicofísicas singulares que pueden comportar una reducción en su esperanza de vida¹⁴⁵. *Grosso modo*, dos situaciones permiten la jubilación a edad reducida sin que la cuantía de la pensión se vea afectada: es el caso de la jubilación anticipada por razón del grupo o actividad profesional y la jubilación anticipada de trabajadores con un grado de discapacidad considerable, situaciones reguladas, tras la reforma de la Ley 21/2021, en los artículos 206 y 206 bis) LGSS, respectivamente¹⁴⁶. En estos dos supuestos, siguiendo a Álvarez Cor-

anticipada de carácter transitorio, reconocida a quienes tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 y regulada en la DT 4.ª1, regla 2.ª LGSS.

¹⁴³ Acuerdo Social, de 1 de julio de 2021, suscrito por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. Más allá de sus contenidos materiales, su aprobación supuso final de una década de reformas legales en el ámbito laboral y de la Seguridad Social sin el consenso propio del diálogo social.

¹⁴⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, p. 71.

¹⁴⁵ MALDONADO MOLINA, J. A., «La jubilación a edades reducidas por la actividad o discapacidad», en VV. AA. (Dir. y Coord.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *La edad de la jubilación*, Comares, Granada, 2011, p. 217.

¹⁴⁶ MIÑARRO YANINI, M., «La jubilación a edad reducida», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*,

tés, más que de jubilación anticipada, se debería hablar de jubilación a una edad de reducida, sin impacto en la cuantía de la pensión ¹⁴⁷.

El segundo supuesto de anticipación de la edad de acceso a la jubilación constituye, propiamente, la genuina jubilación anticipada. Es una opción ofrecida al trabajador que cumple ciertos requisitos y que lleva aparejada la reducción de la cuantía de la pensión, para, de este modo, compensar el mayor tiempo de disfrute que estas personas van a realizar de la prestación ¹⁴⁸. Este supuesto, a su vez, comprende dos submodalidades de jubilación anticipada: la involuntaria y la voluntaria, reguladas, respectivamente, en los artículos 207 y 208 de la LGSS, que se estudian a continuación.

Hay que poner de relieve el alto número de jubilaciones anticipadas que se producen en España. Así, en el año 2020, el número total de jubilaciones fue de 285.728, de las que 111.949 a jubilaciones anticipadas. Si se comparan estos datos con los del año 2010 –en el que el número total de jubilaciones ascendió a 288.172, de las que 109.644 fueron jubilaciones anticipadas– se aprecia que, tras la reforma de 2011, no se ha producido ningún cambio significativo ¹⁴⁹. El porcentaje de jubilaciones anticipadas, en cualquier caso, resulta excesivo, pues se acerca al 40% del total, un dato muy significativo en lo que a la sostenibilidad del sistema se refiere, y que evidencia, asimismo, lo alejados que nos encontramos de alcanzar el escenario perseguido por el Pacto de Toledo ¹⁵⁰.

3.2.1 LA JUBILACIÓN ANTICIPADA POR RAZÓN DEL GRUPO O ACTIVIDAD PROFESIONAL

La jubilación anticipada por razón de la actividad laboral realizada aparece, por vez primera, en el RD de 21 de enero de 1921, por el que se aprobó el Reglamento General para el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero ¹⁵¹, cuya exposición de motivos señalaba: «en cuanto a la edad de retiro, se ha se-

Iustel, Madrid, 2007, pp. 1219 ss.

¹⁴⁷ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Las jubilaciones anticipadas y su evolución», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGU, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant humanidades, Valencia, 2016, p. 498.

¹⁴⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación...*, op. cit., p. 71.

¹⁴⁹ Fuente consultada INE. Serie: Pensiones Contributivas del sistema de la Seguridad Social (PEN).

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria», *Temas Laborales*, núm. 163, 2022, pp. 97-126.

¹⁵¹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «Supuestos especiales de jubilación (anticipada, parcial, flexible y postergada)», en VV. AA. (Coord.: BARRIOS BAUDOR, G. L., SEMPERE NAVARRO, A. V.), *Pensiones por jubilación o Vejez*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 323.

ñalado la de sesenta y cinco años; no obstante, dentro del régimen legal puede fijarse una edad inferior para los obreros de profesiones agotadoras». El anticipo de la edad de jubilación no se regula de forma concreta hasta 1960, en la Orden de 26 de septiembre de 1960, que modifica algunos artículos de los Estatutos de la Mutualidades del Carbón, que estableció los nuevos porcentajes de pensión de jubilación en función de la edad real del minero. Una década después y paulatinamente, se fueron modificando las normativas propias de otros colectivos con condiciones de trabajo especialmente duras, como los trabajadores del mar, mineros, ferroviarios, etc., rebajando la edad de acceso a la jubilación ¹⁵².

Aunque, la denominación legal es la de jubilación anticipada ¹⁵³, en puridad, es una reducción de la edad de jubilación ordinaria operada para aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean bien de naturaleza excepcionalmente penosa, peligrosa, tóxica o insalubre, o bien acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad. La anticipación de la jubilación encuentra así su plena justificación, bien por el envejecimiento prematuro que conlleva el desempeño de la actividad laboral, o bien por la inviabilidad de realizar, tras una determinada edad, de manera satisfactoria la prestación laboral. Se podría decir que, para esos colectivos, la edad anticipada es la edad ordinaria de jubilación, sin que medie, por tanto, penalización alguna sobre la cuantía de la pensión ¹⁵⁴.

La jubilación anticipada se habilitó legalmente en el RD-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y, previamente, en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. La reforma de la LGSS, operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo novedades importantes en la disposición adicional cuadragésima quinta ¹⁵⁵. Entre ellas, la remisión a desarrollo reglamentario el establecimiento del procedimiento general de la rebaja de la edad de jubilación. Asimismo, estableció la obligación de realizar estudios previos que evidenciaran la relación existente entre edad, por un lado, y siniestralidad, morbilidad y mortalidad, por otro, en el colectivo en cuestión, además de su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que se generaba en los trabajadores. Igualmente, se señaló la obligación de analizar las exigencias de carácter físico necesarios para el desarrollo de la

¹⁵² ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo...*, op. cit., p. 275.

¹⁵³ Artículo 206 LGSS.

¹⁵⁴ CANO GALÁN, Y., «La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 3, 2022, pp. 14-48.

¹⁵⁵ La DA 2.^a reformó el contenido de la DA 45.^a, que, posteriormente, se integró en el artículo 206, apdo. 1 del RD-Legislativo 8/2015, reformado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre.

actividad, con la finalidad, probablemente, de contrarrestar la presión que ciertos colectivos sociales pudieran ejercer para alcanzar una rebaja arbitraria de su edad de jubilación ¹⁵⁶.

Tras la reforma, la introducción de otros supuestos de anticipo de la edad de jubilación solo es posible cuando no se puedan adaptar las condiciones de trabajo a las situaciones de peligrosidad, penosidad o toxicidad de la actividad en cuestión ¹⁵⁷. Se establece, pues, una exigencia expresa de prevención de riesgos laborales ¹⁵⁸, así como la obligación, en la medida de lo posible, de adaptación del trabajo a la persona, en especial cuando las características personales sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo ¹⁵⁹.

El Acuerdo para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones suscrito en el año 2011 por el Gobierno y los Interlocutores sociales refería la necesidad de paliar los problemas derivados de la penosidad en el trabajo, a ser posible, variando las condiciones de trabajo o de puesto de trabajo. Sin embargo, para el caso de no existir esa posibilidad, se solicitaba de la Administración de la Seguridad Social «la elaboración de un decreto, comprometido en el Acuerdo de 2006, sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación. Dicho texto contendrá un primer catálogo de profesiones que estudie la aplicación de coeficientes reductores, por cumplir las condiciones de mayor penosidad, peligrosidad y siniestralidad entre sus trabajadores de mayor de edad que la media de la profesión y del sistema» ¹⁶⁰.

El 18 de noviembre de 2011, se aprobó el RD 1698/2011, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de Seguridad Social. La norma recoge dos mecanismos para la reducción de la edad de jubilación: a través de la aplicación de coeficientes reductores, lo más usual, o por el establecimiento de una edad mínima de jubilación inferior a la ordinaria. El anticipo de la jubilación, no obstante, es un recurso subsidiario, pues es imprescindible que no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo que pudiera facilitar la continuación en el trabajo hasta el cumplimiento de la

¹⁵⁶ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Artículo 15.1.d) y 25 LPRL.

¹⁵⁹ ELORZA GUERRERO, F., «La jubilación a edad ordinaria reducida...», *op. cit.*, p. 52.

¹⁶⁰ Acuerdo para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, p. 12. Accesible en <https://www.ccoo.es/7d6fa511bc3bd5c38caed0a838071a8b000001.pdf>

edad ordinaria de jubilación. En este sentido, la afectación a otras actividades o el traslado a actividades menos peligrosa debería ser la opción preferente ¹⁶¹.

Los trabajadores afectados deberán acreditar, en su respectiva profesión o trabajo, el mínimo de actividad requerido, encontrarse en situación de alta o asimilada a la de alta y cumplir los demás requisitos generales exigidos, tales como la edad y el período de cotización. Con todo, tras la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad, queda vetado el acceso a esta modalidad de jubilación a una edad inferior a cincuenta y dos años. Asimismo, también se prevé el incremento de la contributividad de la pensión para que la jubilación a una edad temprana no suponga un desequilibrio financiero, garantizando, además, una justa correspondencia entre la cotización y la pensión. El artículo 8 del RD 1698/2011 trata de compensar la pérdida de cotización y el pago anticipado de la pensión a través del establecimiento de una cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto del empresario como del trabajador. Siguiendo a Fernández Prieto, «esa cotización adicional pretende compensar cierta diferencia de trato en la edad de jubilación entre colectivos que realizan su actividad en condiciones más o menos equivalentes de penosidad, pero que tienen reconocidos coeficientes diferentes o ni siquiera tienen, en algunos casos, reconocida la posibilidad de anticipar la jubilación por razón de la actividad» ¹⁶².

Esta modalidad de jubilación no es una obligación para el trabajador, sino que se configura como un derecho cuyo objeto es dar un trato favorable a trabajadores que hayan prestado servicios durante cierto tiempo en determinadas actividades. *Sensu contrario*, existen algunos sectores profesionales que reclaman la necesidad de establecer coeficientes reductores que les posibiliten anticipar su edad de jubilación. Nuestro sistema de Seguridad Social es deficitario a la hora de dar cobertura a este tipo de situaciones, especialmente para ciertas profesiones en las que la tasa de morbilidad en el trabajo es muy alta y, sin embargo, no se contempla la jubilación a edad reducida ¹⁶³. Ejemplo de ello es el colectivo de rederas, en su mayoría mujeres, uno de los colectivos, entre los trabajadores del mar que, pese a la penosidad de su profesión, no cuenta, toda-

¹⁶¹ Vid., en relación a la actividad de los policías locales, CANTERO MARTÍNEZ, J., «A vueltas con las causas del pase a segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 17, 2019, pp. 24 ss.

¹⁶² FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

¹⁶³ MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, 147, 2022, p. 176.

vía, con esta posibilidad de jubilación a edad reducida¹⁶⁴. Tal vez, sea, pues, necesario confeccionar una relación de profesiones cuyo desempeño afecte gravemente a la salud y a las capacidades físicas de los trabajadores. A partir de ahí, se podría realizar una graduación de las edades de jubilación ordinaria en función del grado de insalubridad o penosidad que tenga cada colectivo, garantizando la anticipación de la jubilación para ciertos sectores¹⁶⁵.

3.2.2 LA JUBILACIÓN ANTICIPADA DE TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD

La jubilación anticipada de los trabajadores con discapacidad trae causa del mandato del artículo 49 CE, que ordena a los poderes públicos desarrollar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad, así como otorgarles la atención necesaria para que puedan disfrutar de todos sus derechos. A efectos de acceso a una pensión contributiva, la regulación surge, en primer término, con la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de una jubilación gradual y flexible, para aquellos trabajadores con un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Posteriormente, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, amplía la protección a aquellos con un grado de minusvalía igual o superior al 45%, siempre que «se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas respecto de las que existan evidencias contrastadas que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida».

Tras la reforma acometida por la Ley 21/2021, esta modalidad de jubilación anticipada es objeto de un precepto específico, el artículo 206 bis) LGSS, que permite rebajar la edad de acceso a la jubilación en función del grado de discapacidad, por un lado, a aquellos trabajadores que acrediten una discapacidad igual o superior al 65% y, por otro, a aquellos que presenten una discapacidad igual o superior al 45%, siempre que existan evidencias contrastadas de reducción, de forma generalizada, de la esperanza de vida¹⁶⁶. La medida se justifica, pues, en este caso, en la menor esperanza de vida del colectivo en

¹⁶⁴ *In extenso*, vid., MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «Segregación ocupacional por razón de género en el sector de la pesca», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 1, extraordinario, 2019, pp. 287-322.

¹⁶⁵ ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el envejecimiento activo...*, op. cit., p. 276.

¹⁶⁶ *In extenso*, vid. ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, F. M., «La pensión de jubilación de las personas con discapacidad», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020, pp. 151 ss.

cuestión, provocado por un mayor desgaste físico y funcional ¹⁶⁷, lo que conlleva el disfrute de la pensión de jubilación, también, durante un periodo de tiempo más reducido ¹⁶⁸.

Como en el caso anterior, cuando se accede a la jubilación anticipada por discapacidad, la cuantía de la pensión no se ve recortada. Dado que las jubilaciones anticipadas implican una penalización en la cuantía de la prestación, de nuevo, en este caso, se trata, más bien, de jubilación ordinaria a una edad reducida. Así, la calificación de anticipada que la Ley otorga a esta modalidad de jubilación sería equivocada ¹⁶⁹. En este sentido, se ha pronunciado el TS ¹⁷⁰, que también la ha calificado como una forma de jubilación propia y autónoma, a la que se accede a una edad ordinaria diferente, en atención a la actividad o a la situación de discapacidad del trabajador. No obstante, el TC ¹⁷¹, corrigiendo la doctrina del TS, ha estimado que, en relación con las personas con disca-

¹⁶⁷ *In extenso*, vid. MARTÍNEZ MATEO, C. J., «La jubilación de los trabajadores con discapacidad», AA. VV. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, A., MÁRQUEZ PRIETO, F., VILA TIerno, J. A. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Protección jurídico social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2020, pp. 777 ss.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ PRIETO, M., Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad..., *op. cit.*, pp. 127-162.

¹⁶⁹ En este sentido, vid. MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley...», *op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁰ La STS de 24 de junio de 2020 –Rec. núm. 1411/2018–, ECLI: ES: TS:2020:2340, desestimó el recurso de casación en relación con una demanda de reconocimiento de pensión de incapacidad permanente derivada de contingencia común en grado de gran invalidez desde una situación de jubilación anticipada con edad reducida. La trabajadora demandante, que tenía reconocida una discapacidad del 93%, entendía vulnerado su derecho a la no discriminación por razón de discapacidad. El TS confirma la sentencia de suplicación y entiende que no puede acceder a la prestación de incapacidad permanente quien haya alcanzado a la fecha del hecho causante la edad ordinaria de jubilación, al interpretar que la edad rebajada es edad ordinaria para el colectivo o sector al que se aplica. La sentencia tiene un voto particular discrepante, al que se adhiere una segunda magistrada, que con apoyo en la STS de 22 de marzo de 2006 –Rec. núm. 5069/2004– ES: TS:2006:2608 entiende que la situación de incapacidad permanente no puede denegarse en caso de jubilación anticipada y que se ha producido una discriminación por discapacidad. La doctrina de la sentencia es reiterada, entre otras, en las SSTs de 29 de junio de 2020 –Rec. núm. 1062/2018–, ECLI: ES: TS:2020:2474, de 2 de octubre de 2020 –Rec. núm. 3058/2019–, ECLI: ES: TS:2020:3260, de 2 de diciembre de 2020 –Rec. núm. 2916/2018–, ECLI: ES: TS:2020:4219.

¹⁷¹ En la STC 172/2021, de 7 de octubre, ECLI: ES: TC:2021:172, se concluye que existe «una discriminación no justificada para las personas con discapacidad, ya que, conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente mientras no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo las personas con discapacidad, generando con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad», no obstante, se emitieron dos votos particulares discrepantes, que consideran que la jubilación anticipada por causa de discapacidad y la anticipada propiamente dicha comportan regímenes diferentes y no son comparables en torno al principio de igualdad y la prohibición de discriminación». La misma doctrina se reitera en la STC 191/2021, de 17 de diciembre, ECLI: ES: TC:2021:191, que anula la STS de 29 de junio de 2020 –Rec. núm. 1062/2018–, ECLI: ES: TS:2020:2474. Finalmente, la Sala 4.ª del TS, en fecha 27 de abril de 2022, ha corregido su doctrina, en la STS de 27 de abril de 2022 –Rec. núm. 184/2019–, ECLI: ES: TS:2022:1726.

pacidad, se trata de una jubilación anticipada más y no de una jubilación ordinaria a una edad reducida ¹⁷². Más recientemente, también el TS ha rectificado su doctrina ¹⁷³.

El primer caso –discapacidad igual o superior al 65%– se regula en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía. Así, permite reducir la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación, en un período equivalente al que resulte de aplicar, al tiempo efectivamente trabajado, los coeficientes siguientes: a) el coeficiente del 0,25 en los casos en que el trabajador acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65%; b) el coeficiente del 0,50, en los casos en que, además de acreditar un grado de discapacidad igual o superior al 65% y, se justifique la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida. En cualquier caso, la aplicación de los coeficientes reductores de la edad no puede dar lugar a que el interesado acceda a la pensión de jubilación antes de los 52 años de edad. Es importante señalar que no se exige en este primer supuesto ningún período de carencia a efectos de acceso a la pensión de jubilación.

En el supuesto de discapacidad igual o superior al 45%, la anticipación de la edad de jubilación, exige la presencia de discapacidades reglamentariamente determinadas. Así, tras la reforma, es indispensable que concurran evidencias contrastadas, por consiguiente, enumeradas en el artículo 2 del RD 1851/2009, de 4 de diciembre. En este sentido, la STS de 27 de septiembre de 2017 entiende que no es necesario que el grado de discapacidad igual o superior al 45% derive exclusivamente de una de las patologías que figuren en el listado, sino que puede provenir de la acumulación de varias dolencias ¹⁷⁴. Se exige, asimismo, un período de carencia de 15 años. Además, *ex apdo.* 2 del artículo 6, la edad mínima de jubilación de las personas afectadas será, después de aplicar los coeficientes reductores, la de 58 años.

La Ley 21/2021 contempla la previsión de reforma del marco regulador del acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad –para

¹⁷² En el mismo sentido, la STC 5/2022, de 24 de enero, ECLI: ES: TC:2022:5, que corrige la discriminación de las personas con discapacidad en orden a la imposibilidad de acceso a prestaciones de incapacidad permanente desde la jubilación anticipada por discapacidad, que sí se permite en otras jubilaciones anticipadas. *Vid.* LOUSADA AROCHENA, J. F., «Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022. Accesible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2022-00000001741

¹⁷³ STS de 27 de abril de 2022 –Rec. núm. 184/2019–, ECLI: ES: TS:2022:1726.

¹⁷⁴ STS de 27 de septiembre de 2017 –Rec. núm. 4233/2015–, ECLI: ES: TS:2017:3590.

corregir la deficiente regulación actual, ya que, en determinados casos, resulta matemáticamente imposible adelantar la edad de jubilación—, de acuerdo con la Recomendación 18 del Pacto de Toledo¹⁷⁵. En concreto, *ex* disposición adicional cuarta, se encarga al Gobierno que elabore y remita a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, en el plazo de seis meses, un informe sobre la protección de las personas con discapacidad, poniendo especial atención sobre aquellas con discapacidad intelectual, con mayores dificultades para mantener el empleo a una edad avanzada¹⁷⁶. Una vez emitido ese informe, se prevé otro plazo adicional de tres meses para impulsar y acometer la reforma del marco regulador establecido en los RRDD 1539/2003 y 1851/2009, que corrija los actuales desajustes, en relación con los requisitos de cotización, las dificultades de acreditación o la exclusión actual de situaciones que deberían ser protegidas. Sin embargo, sin la modificación del marco legal vigente, no parece sencillo¹⁷⁷.

3.2.3 LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA

El artículo 207 LGSS regula la jubilación anticipada derivada de causas no imputables a la voluntad del trabajador, sino debido al cese en el trabajo como consecuencia, generalmente, de reestructuraciones empresariales que impiden la continuidad de la relación laboral. La Ley 21/2021 no ha modificado los requisitos de acceso. No obstante, ha incluido, en el apdo. 1.c), un añadido que permite computar como período cotizado el del «servicio social femenino obligatorio» con el límite máximo de un año¹⁷⁸. Esta inclusión atiende a la efectiva aplicación de los principios de igualdad de trato y de oportunidades y de prohibición de discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito de la Seguridad Social¹⁷⁹. En efecto, puesto que la norma consideraba el servicio militar masculino, se estaban incumpliendo las dos vertientes del principio de igualdad, esto es, no solo la vertiente positiva, que obliga a dar a situaciones

¹⁷⁵ MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley...», *op. cit.*, p. 187.

¹⁷⁶ DA 4.ª Ley 21/2021.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

¹⁷⁸ *Vid.* artículos 207.1.c) LGSS y 208.1.b) LGSS.

¹⁷⁹ La reforma trae causa de la STS de 6 de febrero de 2020 –Rec. núm. 3801/2017–, ECLI: ES: TS: 2020:338.

equivalentes un tratamiento igualitario, sino también la vertiente negativa, que prohíbe tratar de forma desigual situaciones equiparables¹⁸⁰.

Para acceder a la jubilación anticipada involuntaria, el primer requisito es que la edad del trabajador se halle dentro de los 4 años anteriores a la edad legal de jubilación que resulte de aplicación, *ex* artículo 205.1.a) LGSS. El artículo 207.1.a) LGSS precisa que no resultan de aplicación, a tal efecto, los coeficientes reductores de las jubilaciones anticipadas por razón de la actividad, ni por razón de discapacidad. No obstante, hay que recordar que sigue vigente la regla 2.^a de la disposición transitoria cuarta de la LGSS que establece que «quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los 60 años», lo que constituye una excepción a la edad general contenida en el artículo 207 LGSS.

En segundo lugar, es preciso que se encuentre «inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación»¹⁸¹.

El tercer requisito es la acreditación de una cotización mínima, muy superior a la exigida para jubilarse a la edad legal ordinaria. En concreto, «33 años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias»¹⁸². Se puede apreciar la diferencia de cotización mínima para acceder a la jubilación ordinaria –15 años– y la anticipada –33 años–, en la línea de actuaciones recomendadas por el Pacto de Toledo, que, desde 2003, insiste en la necesidad de prolongar la vida laboral activa, para que se aproximen, cada vez más, la edad real de jubilación y la edad legal fijada en cada momento¹⁸³.

La jubilación anticipada involuntaria se prevé para casos tasados de extinción de contrato de trabajo: así, en supuestos de despido objetivo o colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por fuerza mayor constatada por la autoridad laboral, por resolución judicial en un proceso concursal, por incapacidad, jubilación o muerte del empresario, por extinción de la personalidad jurídica contratante o en caso de extinción del contrato de víctimas de violencia de género o violencia sexual prevista en el ar-

¹⁸⁰ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria...», *op. cit.*, pp. 97-126.

¹⁸¹ Artículo 207.1.b) LGSS. En este sentido, cuando no concurren circunstancias excepcionales, el requisito de la inscripción en la oficina de empleo no admite flexibilización de ninguna clase, lo que se justifica en la doctrina contenida en la STS de 28 de octubre de 2020 –Rec. núm. 3264/2018–, ECLI: ES: TS:2020:3691.

¹⁸² Artículo 207.1.c) LGSS.

¹⁸³ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria...», *op. cit.*, pp. 97-126.

título 49.1.m) ET. A estos supuestos, tras la reforma introducida por la Ley 21/2021, se suman todos los de despido por causas objetivas, *ex* artículo 52 ET. Por lo que a este estudio interesa, esta inclusión es de singular relevancia pues posibilita el acceso a esta modalidad de jubilación cuando la extinción contractual venga derivada de la ineptitud del trabajador, siempre que esta sea «conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa», *ex* artículo 52.a) ET, o por «falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo cuando dichos cambios sean razonables», *ex* artículo 52.b) ET. En este sentido, la reforma es una buena noticia para los trabajadores de edad madura que se hayan visto expulsados del mercado de trabajo por alguna de estas causas, no imputables a su voluntad, pudiendo acceder, si concurren el resto de requisitos, a esta forma de jubilación.

Finalmente, también se puede acceder a la jubilación anticipada por causas no imputables al trabajador en el caso de que la extinción del contrato derive de algunas de las circunstancias previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 ET, esto es, por solicitud del trabajador en el caso de movilidad geográfica, modificación de las condiciones de trabajo o incumplimiento grave las obligaciones empresariales.

La nueva redacción del primer párrafo del apdo. d) del artículo 207.1 LGSS, elimina la mención anterior «que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral». El legislador parece querer resaltar el carácter involuntario de la extinción contractual de la que ha de traer causa la solicitud de jubilación anticipada¹⁸⁴. Asimismo, en la relación de causas que se consideran cese laboral «involuntario», queda eliminada la expresión «podrán», albergando la nueva norma un listado, que, aunque parte del existente antes de la Ley 21/2021 –sobre el que ya se había defendido jurisprudencialmente su carácter cerrado–, se revela ahora, sin lugar a dudas, *numerus clausus*¹⁸⁵.

¹⁸⁴ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria...», *op. cit.*, pp. 97-126.

¹⁸⁵ CANO GALÁN, Y., «La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación...», *op. cit.*, p. 18. La autora explica que la STS de 10 de febrero de 2021 –Rec. núm. 3370/2018–, ECLI: ES: TS:2021:526, anterior a la reforma de diciembre de 2021, reconoció categóricamente el carácter cerrado del listado de causas de extinción contractual enumeradas en el artículo 207.1.d) LGSS. Asimismo, la modificación del apdo. d) del artículo 207.1. LGSS, que suprime la referencia a las situaciones de reestructuración y la expresión «podrán» por un *numerus clausus* de causas, significa «establecer un listado cerrado de supuestos de cese». En el mismo sentido, la STS de 14 de octubre de 2021 –Rec. núm. 4088/2018–, ECLI: ES: TS:2021:3927, en relación al carácter cerrado del listado de causas del artículo 207.1 d) LGSS.

En resumen, en cualquiera de estos supuestos, si el trabajador cumple el período mínimo de cotización requerido, treinta y tres años, se puede adelantar la edad de jubilación hasta cuatro años antes de la edad ordinaria que en cada caso resulte tras la aplicación del artículo 205.1.a. No obstante, la anticipación se penaliza aplicando sobre la pensión que le correspondería en caso de jubilarse a la edad ordinaria, los coeficientes reductores que oscilan entre el 0.50 y el 30 por ciento en función de los meses de adelanto y del tiempo cotizado; coeficientes, en general, más elevados tras la reforma. Asimismo, como novedad, con la nueva Ley, los coeficientes reductores se aplican mensualmente, en lugar de por trimestre, lo que, de alguna manera, suaviza la penalización al resultar, comparativamente, menores de los que hubieran correspondido con anterioridad ¹⁸⁶.

Mención especial merecen los trabajadores maduros que, sin haber tenido capacidad alguna de decisión, se han visto obligados a solicitar la jubilación anticipada por razones económicas o tecnológicas, a la postre, razones empresariales. Así, trabajadores con largas carreras de cotización han sido penalizados de manera vitalicia, no solo al minorarse su pensión, sino también al cercenarse su derecho al trabajo, condiciones, tal vez, poco equitativas. Maldonado Molina apunta que, en lugar de penalizar al trabajador, lo lógico sería penalizar al empresario que recurre a tales herramientas. En este sentido, la Comisión del Pacto de Toledo, casi todos los grupos parlamentarios, así como el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones han coincidido en la necesidad de revisar las condiciones de acceso a la jubilación de tales trabajadores maduros, ahora, jubilados anticipados, revisando el concepto de contributividad, para que, en el caso de carreras de cotización de más de 40 años, generen, a la postre, pensiones sin recortes, en el caso de la jubilación anticipada involuntaria ¹⁸⁷.

La pensión de jubilación se sustenta en dos parámetros: por una parte, la extensión del periodo de cotización, que justifica el descanso del trabajador, y, por otra, la edad del trabajador, que justifica una presunta ineptitud, penalizándose, no obstante, el adelanto de la edad de jubilación. La disposición adicional primera de la Ley 21/2021 ha introducido un complemento económico destinado a aquellos trabajadores que accedieron a la jubilación de forma anticipada, involuntaria y voluntaria, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021, para determinados supuestos de carreras de cotización muy

¹⁸⁶ MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en...», *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁷ «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo», BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 175, de 10 de noviembre de 2020, pp. 81 ss.

largas y que, tras la aplicación de unos porcentajes que ahora se consideran excesivos, causaron una pensión de baja cuantía. De este modo, cuando el trabajador inició su vida laboral a una edad muy temprana y ha sumado más de 40 años de cotización, exigirle que esté en activo en las mismas condiciones que aquel que ha trabajado mucho menos, no es ni solidario ni equitativo¹⁸⁸. Por ello, la norma prevé, para aquellos trabajadores que acrediten carreras de cotización de más de 44 años y 6 meses, o de 40 años en pensiones inferiores a 900 euros, el citado complemento en una cuantía que «vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía resultante de aplicar a la pensión inicial los coeficientes reductores previstos en esta norma y la pensión inicialmente reconocida»¹⁸⁹.

3.2.4 LA JUBILACIÓN ANTICIPADA VOLUNTARIA

El artículo 208 LGSS regula la jubilación anticipada voluntaria a la que es posible acceder, como máximo, dos años antes de la edad ordinaria que en cada caso resulte, *ex* artículo 205.1.a), y siempre que se puedan acreditar, al menos, 35 años de cotización. Esta rebaja de la edad de acceso a la pensión de jubilación también conlleva la aplicación de ciertas reglas de cálculo –los coeficientes reductores– que, en función de los meses de adelanto y del tiempo cotizado, recortan, entre el 2,81 y el 21%, la pensión que le correspondería al trabajador en el caso de jubilarse a la edad ordinaria¹⁹⁰. No obstante, aunque se reúnan todos los requisitos para acceder a esta modalidad de jubilación, si, una vez aplicados los coeficientes reductores, la pensión resultante es inferior a la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplir los 65 años, no se podrá anticipar la jubilación. Se trata de evitar que se causen pensiones de jubilación anticipada voluntarias inferiores a la pensión mínima, lo que exigiría el abono del correspondiente complemento a cargo de las arcas de la Seguridad Social, *ex* artículo 59 LGSS¹⁹¹. Tal vez, la referencia a los 65 años debería haber sido modificada por el legislador por su imprecisión. Es cierto que la edad ordinaria de jubilación son esos 65 años, pero siempre que se cumpla el período de cotización previsto en el cuadro comprendido en la disposición transitoria séptima LGSS, que se supone que

¹⁸⁸ MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre...», *op. cit.*, p. 170.

¹⁸⁹ DA 1.ª Ley 21/2021.

¹⁹⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Las jubilaciones anticipadas y su evolución...», *op. cit.*, p. 507.

¹⁹¹ *Ibidem*.

también ha de cumplir quien se jubila anticipadamente en vista de la remisión que hace el artículo 208.1.a) LGSS al artículo 205.1.a) LGSS ¹⁹².

Como se puede observar, la penalización, en este caso, es mayor que en el caso anterior con el fin de disuadir a los trabajadores de optar por esta vía, que, sin duda, se opone a todas las orientaciones emitidas por la Comisión del Pacto de Toledo en su último Informe de 2020, que pretende aproximar, tanto como sea posible, la edad real de jubilación a la edad ordinaria ¹⁹³.

Las modificaciones introducidas por la Ley 21/2021, discurren, para esta modalidad de jubilación anticipada, en paralelo a las efectuadas para la jubilación anticipada involuntaria. Así, la reforma tampoco ha modificado los requisitos de acceso para esta modalidad de jubilación, salvo en lo relativo a la inclusión, también para esta categoría, del tiempo de prestación del servicio social femenino obligatorio, como período de cotización efectiva, con el límite máximo de un año ¹⁹⁴.

La Ley 21/2021, sin embargo, incorpora una nueva medida que afecta, exclusivamente, a la cuantía de la pensión de la jubilación anticipada voluntaria. Así, anteriormente, una vez calculada la pensión que correspondía al trabajador, sobre esta cantidad se aplicaban los coeficientes reductores de la pensión. Esta regla no penalizaba a aquellos trabajadores con bases de cotización muy altas, ya que la pensión resultante a percibir seguía siendo la pensión máxima. Por ello, en los casos en que el importe de aquella fuese superior a la cuantía prevista para la pensión máxima, se aplicaba, además, un coeficiente reductor adicional de un 2% anual sobre la pensión máxima, en cualquier caso, un porcentaje muy inferior al coeficiente más bajo existente en jubilaciones anticipadas voluntarias, que era del 6,5% anual, lo que daba lugar a desigualdades. Con la reforma, se introduce, pues, un cambio, que consiste en que, si la base reguladora de la pensión de jubilación es superior al tope máximo de las pensiones, los coeficientes reductores se aplican directamente sobre el límite de la cuantía máxima ¹⁹⁵. Esta medida no es pacífica. Sus detractores consideran que su aplicación conlleva una doble penalización, ya que, los trabajadores que cotizan por la base máxima ven recortada su prestación con el tope máximo, recorte al que hay que sumarle el porcentaje reductor adicional. En opinión de Maldonado Molina, son instituciones diferentes: la primera, el tope

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «La jubilación anticipada involuntaria y voluntaria...», *op. cit.*, pp. 97-126.

¹⁹⁴ *Supra*, *vid.* epígrafe 3.2.3 del presente Capítulo.

¹⁹⁵ Nuevo artículo 210.3 LGSS.

máximo es aplicable a cualquier pensión con base en la idea de solidaridad¹⁹⁶ y la segunda, el porcentaje reductor adicional, sin embargo, busca penalizar al trabajador que pasa a recibir una pensión pública porque decide abandonar voluntariamente el mercado de trabajo antes de la edad ordinaria de jubilación que le corresponde¹⁹⁷. Con todo, la entrada en vigor de esta regla se posterga hasta el 1 de enero de 2024 y hasta esa fecha seguirá vigente el párrafo segundo del artículo 210.3 LGSS¹⁹⁸. No obstante, realmente, su aplicación efectiva¹⁹⁹, no será hasta 2034, a todas luces, un período de transición excesivo²⁰⁰.

Finalmente, en los mismos términos que para la jubilación anticipada involuntaria, el apdo. 2 de la disposición adicional primera de la Ley 21/2021 reconoce un complemento económico para los que se acogieron a la jubilación anticipada voluntaria, entre el 2002 y el 2022, tras acreditar una larga carrera de cotización, accediendo a una pensión de baja cuantía, con la precisión de que, en este caso, «hayan accedido a la pensión de jubilación anticipada de forma voluntaria como máximo dos años antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación» y reúnan los requisitos establecidos en su apartado 3.

El perfil del trabajador que accede a la jubilación anticipada es aquel que puede asumir el recorte de su pensión, en su mayoría hombres con pensiones más elevadas. En la medida en que la vida laboral media de las mujeres es menor a la de los hombres, el requisito de acreditación de al menos 35 años de cotización a las arcas de la Seguridad Social lo que impacta de forma desproporcionada y desfavorable sobre el colectivo femenino²⁰¹. Con todo, esta modalidad de jubilación, a pesar de la novedad que en su día supuso, resulta hoy

¹⁹⁶ El Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 27 de octubre de 2020 señala en la Recomendación núm. 5 –Adecuación de las bases y periodos de cotización– que «La relación entre las bases máximas de cotización y la pensión máxima deber guardar el necesario equilibrio entre aportaciones realizadas y prestaciones percibidas para garantizar la contributividad, pero sin menoscabo de la dimensión solidaria del sistema». Y la Recomendación núm. 15 –solidaridad y garantía del sistema– añade que «En el nivel contributivo, los mecanismos de solidaridad sirven para modular el principio de adecuación, vinculado a la proporcionalidad entre cotizaciones y pensiones, en la relación entre base máxima y pensión máxima y en la garantía de suficiencia».

¹⁹⁷ MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida...», *op. cit.*, p. 161.

¹⁹⁸ DF 6.ª de la Ley 21/2021 señala que «la presente Ley entra en vigor el 1 de enero de 2022, salvo lo dispuesto en el apdo. 2 de la disposición transitoria trigésimo cuarta que entrará en vigor el 1 de enero de 2024».

¹⁹⁹ La Ley 21/2021 añadió a la LGSS un nueva DT 34.ª, cuyo apdo. 2 dispone la aplicación gradual, en un plazo de diez años, de la previsión del segundo párrafo del artículo 210.3 LGSS, a partir del 1 de enero de 2024.

²⁰⁰ MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida...», *op. cit.*, p. 162.

²⁰¹ *Ibidem*.

una opción residual debido a las duras condiciones de acceso a la misma, ideadas con el objetivo de desincentivar su uso²⁰².

3.3 La jubilación parcial

La jubilación parcial que define el RD 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, es aquella que se «inicia después de cumplir los 60 años, simultánea con un contrato de trabajo a tiempo parcial y vinculada o no con un contrato de relevo celebrado con un trabajador en situación de desempleo o que tenga concertado con la empresa un contrato de duración determinada»²⁰³. Los requisitos de acceso, se modificaron por la Ley 27/2011, y hoy en día, no es posible acceder a este tipo de jubilación, no más de dos años antes de la edad legal que corresponda en cada caso²⁰⁴. Esta modalidad de jubilación se halla regulada, asimismo, en el artículo 215.2 LGSS, y en los artículos 7 y 12.6 ET.

La jubilación parcial ha sido objeto de sucesivas reformas, que han modificado sus dos componentes esenciales, estrechamente vinculados, el acceso a la pensión de jubilación y el contrato de relevo. Ello ha supuesto la distinción de dos submodalidades de jubilación parcial: La jubilación parcial con contrato de relevo y la jubilación parcial autónoma o diferida. A través de esta diferenciación, además de facilitar la integración de los jóvenes en el mercado laboral, se dotó a la jubilación de carácter progresivo, operando hasta el abandono definitivo de la actividad laboral a la edad ordinaria de jubilación²⁰⁵—ya que, en un principio, no se contemplaba la posibilidad de compatibilización entre trabajo y prestación, tras alcanzar la edad de jubilación—²⁰⁶. Solo tras las leyes 12/2001, de 9 de julio y 24/2001, de 27 de diciembre, se articuló una modalidad de jubilación parcial postergada o diferida²⁰⁷.

²⁰² ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el...*, *op. cit.*, p. 286.

²⁰³ Artículo 9 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

²⁰⁴ En todo caso, hay que tener en cuenta las reglas transitorias de la DT 10 LGSS. Asimismo, se aplica la legislación anterior a quienes resulten afectados por los apdos. 5 y 6 DT 4 LGSS.

²⁰⁵ CALVO GALLEGU, F. J., «El acceso progresivo a la...», *op. cit.*, pp. 17 ss.

²⁰⁶ Para más información sobre estas figuras, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L., «Consideraciones sobre el contrato de relevo», *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1998, pp. 865 ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Jubilación Parcial y reparto de trabajo. Análisis de la regulación española dentro del ámbito europeo», *Revista de Seguridad Social*, núm. 26, 1985.

²⁰⁷ *Infra*, *vid* epígrafe 3.3.2 del actual Capítulo.

La regulación jurídica de la jubilación parcial es compleja por sus múltiples finalidades, ya que no solo protege la vejez, sino que también se configura como una medida de fomento de empleo. Así, se establecen relaciones jurídicas no solo entre el trabajador y la Seguridad Social, sino también entre el trabajador y el empresario y, en su caso, dependiendo de la modalidad, entre el empresario y un tercer trabajador que cubre la jornada que deja vacante el jubilado parcial²⁰⁸. Asimismo, el régimen aplicable es diferente, en función de la edad a la que se pretende acceder a ella.

3.3.1 LA JUBILACIÓN PARCIAL CON CONTRATO DE RELEVO

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el RD 1991/1984, de 31 de octubre, creó, *ex novo*, el contrato de relevo vinculado a la jubilación parcial anticipada, que requiere, además, la celebración de un contrato a tiempo parcial con el trabajador que se jubila parcialmente. Ambas figuras se regularon entonces en el artículo 12.5 ET. Su finalidad era hacer frente a la preocupante situación de paro juvenil y perfeccionar nuevas herramientas –nuevos contenidos– que permitieran la integración progresiva de los jóvenes al mercado laboral y la recolocación de personas desempleadas, como reconoce la exposición de motivos.

La jubilación parcial anticipada con contrato de relevo se regula actualmente en los artículos 12.6 y 12.7 ET y 215.2 LGSS. Posibilita, a los trabajadores a tiempo completo que así lo deseen y que, a excepción de la edad, reúnan los requisitos generales para causar derecho a una pensión de jubilación de la Seguridad Social, el acceso a la jubilación parcial antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación²⁰⁹.

La particularidad de esta modalidad de jubilación radica en que el trabajador, ahora también pensionista, va a permanecer en la vida laboral activa, ya que, paralelamente, formalizará un contrato de trabajo a tiempo parcial con su empresario –reduciendo su jornada laboral entre un 25 y un 50%, lo que comportará una disminución proporcional de su remuneración salarial–. Con todo, la jornada se podrá reducir hasta un 75%, en el caso de que se pacte un contrato de relevo indefinido y a tiempo completo. De este modo, al amparo de esta

²⁰⁸ BARRIOS BAUDOR, G. L. y DEL VALLE DE JOZ, J. L., *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2010, p. 19.

²⁰⁹ Sobre este requisito, *vid.* FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 132 ss.

categoría, cabe compatibilizar contrato de trabajo y pensión de jubilación. Así, pues, este tipo de jubilación parcial anticipada se halla vinculada, *conditio sine qua non*, a la creación simultánea, *ex novo*, de un contrato de relevo –bien con un tercer trabajador en situación de desempleo, bien con un empleado que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada– para realizar la jornada liberada por el trabajador parcialmente jubilado.

El acceso a la jubilación de forma parcial y anticipada requiere una edad mínima del trabajador –tener cumplida en la fecha del hecho causante una edad de sesenta y cinco años, o de sesenta y tres cuando se acrediten treinta y seis años y seis meses de cotización–. Asimismo, es necesario que concurren algunos otros requisitos como una vida laboral amplia –al exigirse un periodo de carencia de al menos 33 años cotizados –25 para las personas con discapacidad superior al 33%–, y una antigüedad mínima de seis años en la empresa. Y es preciso cotizar durante la jubilación por la base que le hubiera correspondido si el jubilado parcial hubiese seguido trabajando a jornada completa²¹⁰.

En cualquier caso, además, es necesario un acuerdo de voluntades entre el empresario y el trabajador para que este pueda acceder a la jubilación parcial, pues no solo implica una reducción de la jornada laboral del trabajador, sino que, además, supone una novación contractual, lo cual requiere el mutuo acuerdo entre las partes²¹¹. Además, simultáneamente, la empresa debe celebrar un contrato de relevo con un tercer trabajador de duración mínima igual al tiempo que le falte al trabajador relevado para cumplir la edad ordinaria de jubilación legalmente establecida²¹². De todo ello se deduce que la jubilación parcial anticipada no constituye un derecho individual absoluto del trabajador que cumpla los requisitos exigidos por la norma, sino que depende de la voluntad del empresario, que, por otra parte, no está obligado a facilitar el acceso a la misma. Con todo, el convenio colectivo de aplicación puede reconocer ese

²¹⁰ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

²¹¹ Sobre la participación del empresario para la jubilación parcial anticipada, *vid.* LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 60 ss.

²¹² LÓPEZ CUMBRE es muy crítica con la imposibilidad de acceder a la jubilación parcial una vez que se ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación en cuanto edad reducida y aunque sea inferior a la general, por realizar un trabajo peligroso, tóxico, insalubre o penoso. En este sentido, *vid.*, LÓPEZ CUMBRE, L., «La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011», *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, p. 178. Asimismo, en relación con los pilotos, con referencia al VIII Convenio Colectivo entre la compañía Iberia y sus pilotos, en ELORZA GUERRERO, F., «La jubilación a edad ordinaria reducida de los pilotos de líneas aéreas desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en España», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 22, 2016, p. 54.

derecho, resultando así el empresario obligado a la formalización de los correspondientes contratos de relevo y a tiempo parcial²¹³.

Una vez realizada la novación del contrato, ahora a tiempo parcial, la ejecución del mismo y su retribución es compatible con la pensión de jubilación, minorada proporcionalmente, hasta que el sujeto cumpla la edad de jubilación establecida con carácter general por el sistema, extinguiéndose, en principio, la relación laboral al alcanzar la referida edad.

La figura de la jubilación parcial anticipada nació para contribuir a la generación de empleo juvenil, sirviendo la institución de la jubilación como un instrumento de política de empleo. Además de permitir compatibilizar la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial del trabajador jubilado, se impedía la amortización del puesto de trabajo, al cubrir la jornada liberada con un contrato de relevo celebrado con un trabajador desempleado o con contrato de duración determinada. Este tipo de medidas generaron un efecto estimulante, gozando de gran popularidad mediática, pues multiplicaba por dos un puesto de trabajo y sacaba a un trabajador de las listas de desempleo²¹⁴. Sin embargo, la jubilación parcial anticipada con contrato de relevo constituyó un auténtico fracaso debido, fundamentalmente, a sus elevados costes²¹⁵. En un principio, a los empresarios no les interesó esta forma de jubilación –como demostraron las cifras de contratación de los años posteriores a su implantación–; con todo, la jubilación parcial anticipada fue empleada por estos para reordenar o rejuvenecer plantillas con el soporte que les otorga la Seguridad Social²¹⁶. No obstante, los elevados costes para el sistema, así como el uso desnaturalizado de la figura mediante la acumulación de jornadas, desencadenaron una sucesión de reformas endurecedoras de la institución, para provocar su desincentivación e incorporar nuevas medidas para distribuir los costes²¹⁷.

Las modificaciones legales que ha sufrido la jubilación parcial anticipada son fruto de la tendencia restrictiva de las fórmulas que anticipan la jubilación, exigiendo unos requisitos cada vez más severos²¹⁸. En concreto, los requisitos de acceso y las obligaciones de cotización del empresario y del jubilado par-

²¹³ VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 366.

²¹⁴ DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A., «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas: entre la política de empleo y las exigencias de control de gasto...», *op. cit.*, pp. 47 ss.

²¹⁵ LÓPEZ CUMBRE, L., «Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo», *Trabajo Social*, núm. 85, 1998, p. 69.

²¹⁶ MORENO ROMERO, F., «La jubilación parcial como forma de compatibilidad de la pensión con el trabajo...», *op. cit.*, p. 163.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 364.

cial se han endurecido con las últimas reformas, lo que sin duda ha repercutido en la pérdida de funcionalidad práctica de la jubilación parcial anticipada como mecanismo al servicio del fomento del empleo²¹⁹. Así, se ha retrasado la edad de acceso, se han elevado los períodos de cotización exigidos —que son cada vez más amplios—, se ha introducido un requisito de antigüedad mínima en la empresa de 6 años, se ha rebajado el porcentaje máximo de reducción de jornada, se ha establecido una correspondencia mínima entre las bases de cotización del trabajador reservista y del jubilado parcial y se ha impuesto la obligación de cotizar por la base de cotización que correspondería si el jubilado parcial continuase trabajando a tiempo completo. La elevada temporalidad del mercado de trabajo actual y el aumento de la edad media de acceso de los jóvenes al mismo dificultan cada vez más el cumplimiento de los requisitos de acceso a la jubilación parcial anticipada, que tal vez, en un futuro, resulten de casi imposible cumplimiento²²⁰.

Asimismo, aunque está permitido por el artículo 65.3 del Reglamento General sobre Cotización²²¹, se pretende acabar con la práctica habitual de acumulación en un solo año las jornadas del jubilado parcial, de tal forma que la totalidad de la jornada pendiente hasta la jubilación total se concentre en un único periodo ininterrumpido, que normalmente será inmediatamente posterior al inicio de la jubilación parcial²²². Se trata de evitar que esta modalidad de jubilación se convierta en una jubilación anticipada *sui generis* o encubierta, sin estar sujeta a coeficientes penalizadores, lo que supone un trato desigual frente a la jubilación anticipada²²³.

Siguiendo a Fernández Prieto, la jubilación parcial puede ser un mecanismo idóneo para promover el mantenimiento de los trabajadores maduros en el empleo y relegar la idea del anticipo de la jubilación, en especial en sectores que pueden verse más perjudicados por la mayor edad de sus trabajadores. En estos ámbitos, el problema se manifiesta cuando las diferentes modalidades de

²¹⁹ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Obligaciones empresariales en el contrato de relevo», *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, p. 60.

²²⁰ LÓPEZ BALAGUER, M., «La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual», *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, núm. 2, vol. 5, 2015, pp. 120 ss.

²²¹ RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

²²² Esta práctica está avalada por la STS de 29 de marzo de 2017 –Rec. núm. 2142/2015–, ECLI: ES:TS:2017:1429, que declara la validez de la acumulación de la jornada durante la jubilación parcial, eso sí, manteniendo el contrato de relevo hasta la jubilación ordinaria del trabajador y que se abonen las cotizaciones a la Seguridad Social. Vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R., «Jubilación parcial y acumulación de jornada», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015, pp. 39-51.

²²³ MORENO ROMERO, F., «La jubilación parcial como forma de compatibilidad de la pensión con el trabajo...», *op. cit.*, p. 171.

jubilación anticipada, complementadas con políticas asistenciales dirigidas a proteger las salidas tempranas e involuntarias hacia la prejubilación, «se convierten en la única salida posible para que los trabajadores mayores expulsados prematuramente del mercado de trabajo como consecuencia de crisis y reestructuraciones empresariales puedan sortear el umbral de la pobreza»²²⁴.

3.3.2 LA JUBILACIÓN PARCIAL AUTÓNOMA, DIFERIDA O POSTERGADA

La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, da nueva redacción al artículo 12.6 ET y permite la jubilación parcial más allá de la edad ordinaria de jubilación. Posibilita, pues, la jubilación parcial autónoma, también llamada diferida o postergada, en virtud de la cual se amplía el marco temporal de compatibilidad entre el contrato de trabajo y la pensión de jubilación, limitado, hasta entonces, al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación establecida legalmente²²⁵. Los fines e intereses de esta modalidad de jubilación distan mucho de los de la jubilación parcial anticipada, más vinculados a las políticas de empleo. En este caso, en efecto, el legislador pretende incentivar la presencia laboral activa de los ciudadanos²²⁶, por ello, sus condiciones y requisitos de acceso son diferentes.

Esta forma de jubilación cumple, principalmente, una doble función. La primera y principal consiste en facilitar al trabajador que cumple los requisitos de acceso a la jubilación ordinaria, el tránsito a ésta de forma gradual, compatibilizando trabajo a tiempo parcial y jubilación²²⁷. La segunda y no por ello menos importante, es la prolongación de la vida activa del trabajador, que compatibilizará pensión de jubilación y retribución fruto del trabajo a tiempo parcial, lo que asegura el ingreso de cotizaciones a la vez que reduce la carga del Sistema, que de este modo ahorra una parte de la pensión de jubilación a la que el trabajador, al haber alcanzado la edad ordinaria de jubilación, ya podría acceder íntegramente. Reduce, así, el gasto en pensiones y favorece la sostenibilidad del sistema. De ahí, pues, su doble función²²⁸.

²²⁴ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Obligaciones empresariales en el contrato de relevo...», *op. cit.*, p. 60.

²²⁵ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 118 ss.

²²⁶ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género...», *op. cit.*, p. 121.

²²⁷ VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 384.

²²⁸ Vid. FERRANDO GARCÍA, F. «La jubilación parcial», en VV. AA. (Coord.: GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M. C.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 264.

La regulación de la jubilación parcial autónoma, se halla contenida en el artículo 12.6 ET, y 215.1 LGSS, que albergan, a modo de contenido esencial, la reducción de la jornada de trabajo, entre un mínimo del 25% y un máximo del 50%, sin necesidad de celebrar un contrato de relevo con un tercer trabajador. El primer requisito para acceder a esta forma de jubilación parcial es la edad, que, en este caso, no se anticipa, sino que se corresponde con la edad de jubilación ordinaria en aplicación del artículo 205.1.a) del LGSS. No obstante, el acceso a la jubilación parcial autónoma se puede realizar, bien desde la situación de trabajo en activo a tiempo completo, al cumplir la edad ordinaria, bien desde la jubilación parcial anticipada con contrato de relevo. Por tanto, una jubilación parcial anticipada puede convertirse en una jubilación parcial autónoma, pudiendo la parte empleadora realizar, en su caso, los reajustes contractuales oportunos, especialmente en relación al contrato de relevo. El segundo es un requisito de cotización, exigiéndose, tan solo, la carencia mínima de 15 años requerida para acceder a la prestación de jubilación ordinaria frente a los treinta y tres de cotización exigidos para el acceso a la jubilación parcial anticipada. Asimismo, no se necesita acreditar antigüedad alguna en la empresa, no se exige correspondencia mínima en las bases de cotización del relevista y el jubilado parcial, no se amplía la base de cotización del jubilado parcial a la que correspondería si continuase trabajando a tiempo completo – aunque, dada la exención de cotización a partir de la edad de jubilación, prevista en el artículo 152 LGSS, la ampliación de la base tendría efectos positivos para el cálculo de la pensión– y tampoco es necesario celebrar un contrato de relevo, aunque nada impide que se realice. En este sentido, tal y como sucede en la jubilación parcial anticipada con contrato de relevo, por analogía y teniendo en cuenta la dicción del artículo 12, apdos. 6 y 7, ET y, en particular el segundo párrafo del artículo 12.6, nada impide que, si el empresario contrata a un trabajador relevista, a jornada completa y por tiempo indefinido, para sustituir la parte de la jornada que ha dejado vacante el jubilado parcial, este último pueda reducir su jornada hasta un 75%²²⁹.

La jubilación parcial autónoma no es tampoco un derecho absoluto del trabajador, sino que queda a expensas de la decisión empresarial. Así, de la misma manera que sucede en la jubilación parcial anticipada, es necesario un acuerdo de voluntades entre el empresario y el trabajador para la reducción de la jornada de trabajo y para celebrar un contrato a tiempo parcial que permita al trabajador el acceso a esta modalidad de jubilación. Por tanto, se puede decir

²²⁹ VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 384.

que la opción del trabajador, para jubilarse total o parcialmente, no se produce en un mismo plano de igualdad y voluntariedad. Así, si el trabajador decide jubilarse totalmente, puede hacerlo desde su propia voluntariedad, mientras que, si su opción es jubilarse de forma parcial autónoma, su decisión no dependerá, exclusivamente, de su voluntad, lo que puede ser un desacuerdo del legislador, si lo que se persigue es el alargamiento de la vida laboral²³⁰. En efecto, al no ser necesario formalizar un contrato de relevo, parece que el empresario no debería poner demasiadas objeciones a la novación contractual para la reducción de la jornada de trabajo.

En resumen, la esencia de las dos modalidades de jubilación parcial es muy diferente. Tan solo tienen en común que ambas permiten compatibilizar la prestación laboral a tiempo parcial con la percepción, proporcional a la jornada reducida, de la pensión de jubilación. Es evidente que el legislador ha pretendido facilitar el acceso a esta segunda modalidad de jubilación parcial, habida cuenta, en este caso, la exigencia de requisitos mucho menos estrictos que en la jubilación parcial anticipada.

3.4 La jubilación flexible

La jubilación flexible se incorpora al ordenamiento interno a través la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible²³¹, y «conforma una especial categoría de jubilación creada *ex lege* y es calificada como tal en el artículo 5 del RD 1132/2002, que desarrolla algunos preceptos de la Ley»²³². Esta medida nace con el objeto de favorecer la compatibilidad entre el trabajo y la jubilación²³³ y cumplir con la recomendación décima del Pacto de Toledo del año 1995, a cuyo tenor «la edad de jubilación deber ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad».

La LGSS no ofrece una definición de jubilación flexible, que sí recoge el RD 1132/2002, cuyo artículo 5.1 señala que tal es «la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un traba-

²³⁰ LÓPEZ BALAGUER, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo...*, op. cit., pp. 125 ss.

²³¹ Vid. BORRAJO DACRUZ, E., «Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible», *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2003, pp. 387-416.

²³² FERNÁNDEZ PROL, F., «Retorno al mercado laboral tras la jubilación. Especial referencia a la denominada jubilación flexible», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La Relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 269-280.

²³³ Vid. ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El concepto de jubilación flexible...», op. cit., pp. 120 ss.

jo a tiempo parcial». La LGSS, *ex* artículo 213.1, establece que «las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan», lo que supone una excepción a la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión²³⁴. Esta posibilidad introduce, por esta vía, elementos que flexibilizan el sistema de protección social, que ha pasado de tener «un exclusivo carácter total a admitir grados de parcialidad –entendido en sentido amplio– entre trabajo parcial y pensión parcial»²³⁵.

Esta modalidad de jubilación permite al jubilado, que ha abandonado la vida laboral activa y ya ha causado el derecho a una pensión de jubilación, desde su condición de pensionista, compatibilizar el disfrute de su pensión con un trabajo a tiempo parcial, en los términos que reglamentariamente se establezcan, «regresando», por tanto, a la vida laboral activa. Si así sucede, la cuantía de su pensión se verá minorada, conforme a lo señalado en el artículo 213.1 LGSS, «en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable». Por consiguiente, para acceder a la jubilación flexible es necesario que el pensionista suscriba un contrato a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a los que se refiere el artículo 12.6 del ET, tal y como establece el artículo 5 del RD 1132/2002. Es decir, debe concertarse una jornada reducida –entre un 25 y un 50%– tomando como referencia la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, sin que sea posible una «configuración de la jubilación flexible *ad hoc*, sino dentro de los límites previamente fijados»²³⁶. La norma también admite la posibilidad de acumular varios trabajos a tiempo parcial –sin superar el 50% de la jornada– aunque no pueden desempeñarse actividades por cuenta propia, ni trabajos en el sector público. Al término de su prestación de servicios, el pensionista recupera la jubilación total, con la ventaja de que la cuantía de su pensión se recalcula en función de las nuevas cotizaciones aportadas al Sistema, fruto de la actividad laboral realizada durante la jubilación flexible. De este modo, podrá mejorar el importe de la pensión, que, finalmente, vaya a percibir, una vez producido el cese total

²³⁴ AGUILAR DEL CASTILLO, M. C., «Otras formas de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo: la jubilación flexible y la jubilación activa», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 189 ss.

²³⁵ GARCÍA MUÑOZ, M., «Compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación», en VV. AA. (Coord.: CRUZ VILLALÓN, J., GÓMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), *Los grandes debates actuales en el Derecho de Trabajo y Protección Social. Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Conserjería de Empleo, Empresa y Comercio, Sevilla, 2016, p. 435.

²³⁶ STSJ Castilla-La Mancha de 26 de junio –Rec. núm. 22/2017–, ECLI: ES: TSJCLM:2017:21.

de la actividad laboral²³⁷. En efecto, una vez que se produzca el cese definitivo en el trabajo, se restituye el cien por ciento de la pensión y, habida cuenta el nuevo período de cotización acreditado, se recalculará la base reguladora, modificándose, en su caso, el porcentaje aplicable, incluso por encima del tope máximo legal²³⁸.

La jubilación flexible recupera, de alguna manera, el principio de voluntariedad de la jubilación y contribuye a prolongar la vida activa de los ciudadanos, a la vez que retrasa la edad de jubilación, lo cual provoca ciertos efectos positivos sobre el sistema de pensiones²³⁹. Esta modalidad de jubilación puede ser aplicada en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, excepto en los Regímenes Especiales de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y del personal del servicio Administración de Justicia²⁴⁰.

La jubilación flexible se diferencia de la jubilación parcial en que, en esta última, el trabajador reduce su jornada de trabajo en la empresa en la que estaba trabajando a tiempo completo y comienza a trabajar a tiempo parcial, accediendo, por tanto, a la pensión de jubilación, en la misma proporción en que se reduce la jornada de trabajo. No obstante, el jubilado parcial no es considerado pensionista. Por el contrario, la persona que accede a la jubilación flexible es un jubilado que vuelve a la situación de activo –al retomar la actividad laboral– pero sigue considerándose, a todos los efectos, pensionista. De hecho, no es posible acceder a la jubilación flexible desde la jubilación parcial, sino, solo y exclusivamente, desde una situación de jubilación ordinaria completa. Asimismo, el objetivo de esta modalidad de jubilación se distingue del de la jubilación parcial autónoma –que, ciertamente también prolonga la vida laboral del trabajador– pues con esta modalidad se pretende recuperar parcialmente al pensionista, para que vuelva a ejercer cierta actividad laboral.

En general, desde una perspectiva de política y social, la utilidad de estas formas de jubilación, graduales y flexibles, es triple²⁴¹. Permite, en primer lugar, el acceso gradual a la jubilación, ya que el trabajador se mantiene parcialmente activo y no se interrumpe bruscamente su vida laboral, lo que puede resultar muy beneficioso para la salud emocional de la persona. En segun-

²³⁷ El exceso del tope máximo por los beneficios de los artículos 152 y 210 LGSS, no se tendrá en cuenta para la jubilación flexible, aunque sí para cuando se cese en el contrato a tiempo parcial.

²³⁸ Artículo 8.1 RD 1132/2002.

²³⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El concepto de jubilación flexible...», *op. cit.*, p. 112.

²⁴⁰ DA 1.ª RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 25/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

²⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, 17.ª edición, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 360 ss.

do término, al seguir cotizando a la Seguridad Social, se contribuye al equilibrio financiero del sistema, al aportar recursos y disminuir el gasto, al reducirse parcialmente la pensión de manera temporal. Hay que señalar que, tras la modificación del artículo 152 LGSS, operada por la Ley 21/2021, las empresas y los trabajadores se beneficiarán de la exención en la cotización por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal, aplicable a quienes han alcanzado la edad ordinaria de jubilación. La exención comprenderá también las aportaciones por desempleo, FOGASA y formación profesional, y no afectará a las mejoras en la cuantía de la pensión, que se aplicará computando como cotizados los períodos en que resulte aplicable la exención. Finalmente, como tercer argumento a favor de la institución de la jubilación flexible, se esgrime que, el pensionista, recuperado para la vida laboral activa, no depende exclusivamente del Estado, como sucede en el modelo tradicional de jubilación ordinaria.

Es importante señalar que el regreso a la vida laboral activa, a jornada completa, desde la jubilación, también es legalmente posible. No obstante, el trabajador no se beneficia de ningún tratamiento especial. Parece que sería justo que recibiera, cuando menos, un tratamiento similar al que se recibe en la jubilación flexible ya que también conlleva un importante ahorro para las arcas del Estado, al dejar de percibir la totalidad de la pensión, postergando el derecho.

3.5 La jubilación activa

El envejecimiento activo, la llamada jubilación activa, fue creado por el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Su regulación se halla en el artículo 214 LGSS y, como la jubilación flexible, prolonga la vida laboral y permite compatibilizar la percepción de la pensión de jubilación con una actividad laboral ²⁴².

La jubilación activa posibilita al trabajador que cumple los requisitos para causar el derecho a percibir una pensión, si así lo desea, mantener su puesto de trabajo o iniciar una nueva actividad laboral. El trabajador que se acoge a esta modalidad de jubilación, en ningún momento cesa en su actividad laboral y, además de la retribución por la prestación que realiza, pasa a percibir

²⁴² VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 399.

la pensión de jubilación en una cuantía reducida. La actividad laboral que desarrolle debe ser en el sector privado, bien por cuenta ajena, ya sea a tiempo parcial o tiempo completo, bien por cuenta propia.

Los requisitos fundamentales para poder acceder a esta modalidad de jubilación, que deben concurrir simultáneamente, son los siguientes: «el acceso a la pensión deberá haber tenido lugar al menos un año después de haber cumplido la edad que en cada caso resulte de aplicación, según lo establecido en el artículo 205.1.a LGSS», y a efectos de determinar la cuantía de la prestación, el porcentaje aplicable debe ser el cien por ciento de la base reguladora²⁴³. Esta regulación del artículo 214 LGSS procede de la reforma de Seguridad Social operada por la Ley 21/2021, que pretende retrasar la edad efectiva de jubilación y mantener cierta conexión con otras medidas de jubilación, voluntaria o forzosa²⁴⁴. Así, el trabajador que quiera compatibilizar prestación de trabajo y pensión de jubilación, no puede haberse jubilado anticipadamente, ni tampoco puede hacerlo hasta un año después de cumplir la edad ordinaria de jubilación que le corresponda.

La pensión de jubilación que va a percibir el ahora pensionista, en todo caso, será un porcentaje fijo equivalente al 50% de la base reguladora, independientemente de la duración de la jornada laboral. No obstante, si la actividad que se realiza es por cuenta propia y se acredita tener contratado, al menos, un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanzará el cien por ciento de la base reguladora. Asimismo, al término de la actividad laboral, el pensionista percibirá la totalidad de la pensión de jubilación generada en un principio, sin que, en este caso, se modifique la cuantía de la pensión, salvo su revalorización anual en los términos que corresponda²⁴⁵. Hay que señalar que tras la reforma de la Ley 21/2021, la jubilación activa es incompatible con los complementos que mejoran las pensiones regulados *ex* artículo 210.2 LGSS²⁴⁶. En este sentido, la nueva redacción del ar-

²⁴³ Artículo 214 LGSS. Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, las normas transitorias sobre la aplicación gradual y progresiva de la edad de jubilación hasta 2027, la base reguladora y el porcentaje a atribuir a los años cotizados, conforme a las disposiciones transitorias 7.ª, 8.ª y 9.ª LGSS.

²⁴⁴ CABEZA PEREIRO, J., «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad», *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021, pp. 63 ss.

²⁴⁵ VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada...», *op. cit.*, p. 405.

²⁴⁶ Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo establecido en el artículo 205.1.a), siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 205.1.b), se reconocerá al interesado por cada año completo cotizado que transcurra desde que reunió los requisitos para acceder a esta pensión, un complemento económico que se abonará de alguna de las siguientes maneras, a elección del interesado: a) Un porcentaje adicional del 4 por ciento por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. (...) b) Una cantidad a tanto alzado por cada año

título 214 se refiere a la «percepción» de los mismos, de forma que, parece interpretarse que la imposibilidad de beneficiarse de las mejoras de la pensión no se extiende en el tiempo, es decir, no se excluye que, una vez finalizada esta modalidad de jubilación, el pensionista pueda lucrarse de las mejoras referidas²⁴⁷. Siguiendo a Cabeza Pereiro, es una disposición que presenta una técnica normativa defectuosa lo que necesitará que la jurisprudencia aclare la regla.

Otra modificación que ha operado la Ley 21/2021 sobre el artículo 214 LGSS, es la derogación tácita de las reglas sobre mantenimiento del empleo, prescindiendo de los requisitos que, anteriormente, se exigían al empresario. La compatibilidad que permite la jubilación activa entre trabajo y pensión también aprovecha en términos de cotización a la empresa lo que puede generar prácticas, odiosas, de sustitución de contratos con cotización ordinaria por otros con cotización bonificada.

La jubilación activa es accesible para todos los afiliados de cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social, y, después de la reforma operada por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, que modifica el artículo 33.2 del RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, también es aplicable a los funcionarios de clases pasivas del Estado²⁴⁸. Con todo, la Ley 21/2021 no ha integrado, en el precitado artículo 33.2, las nuevas reglas del artículo 214 LGSS, por lo que no son aplicable a las Clases Pasivas, lo que puede llevar a agravios comparativos que suelen terminar en los tribunales²⁴⁹.

Siguiendo a Cabeza Pereiro, la reforma dificulta el envejecimiento activo, lo cual no guarda coherencia con el objetivo de generalizar esta modalidad de jubilación, así como su ampliación a otros colectivos. El autor opina que es acertado no flexibilizar en exceso el régimen jurídico, mientras no se acometa íntegramente, para todas las modalidades de envejecimiento activo, la compatibilidad entre prestación de trabajo y pensión de jubilación. No obstante, «si el retraso en el acceso a la compatibilidad se convierte en una norma estructural, que se extienda a todas las situaciones en las que sea posible simultanear la actividad profesional y el cobro de una pensión, se dibuja un régimen más

completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía vendrá determinada en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas (...)»

²⁴⁷ CABEZA PEREIRO, J., «Jubilación y envejecimiento activo», *Temas laborales*, núm. 163, 2022, pp. 178 ss.

²⁴⁸ Artículo 33.2 RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, modificado por la disposición final 6.1 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado.

²⁴⁹ CABEZA PEREIRO, J., «Jubilación y envejecimiento activo», *Temas laborales*, núm. 163, 2022, pp. 182 ss.

restrictivo que, en el fondo desincentiva la compatibilización»²⁵⁰. En este sentido, parece que el legislador pretende que se acceda a la pensión de jubilación lo más tarde posible y, mientras, que el trabajador se acoja a los complementos del artículo 210.2 LGSS, mejor que a la jubilación activa²⁵¹.

Una cuestión que se ha planteado en torno a este precepto es la posibilidad de acceder a la jubilación activa desde la jubilación parcial. Siguiendo a Cavas Martínez, «el percibo de la pensión de jubilación parcial y la edad a la que se haya accedido a esta no son datos decisivos e impositivos del reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria a los efectos de compatibilizarla con el trabajo, solo lo son las circunstancias concurrentes en el momento de la solicitud de esta última, y en este caso, en dicho momento, acredita el actor los requisitos exigidos por la norma»²⁵².

Por analogía, se podría plantear el acceso a la jubilación activa desde la jubilación flexible. Si se parte de que el acceso a ambas modalidades de jubilación es una opción voluntaria, tal vez, negar el derecho a cambiar de opción, siempre que concurren los requisitos legales necesarios, podría ir en contra de la finalidad de la norma, que no es otra que la prolongación de la vida laboral activa²⁵³. Tanto la jubilación flexible como la jubilación activa permiten que se pueda compatibilizar la pensión con el contrato de trabajo, con algunas diferencias entre ambas modalidades en relación con el tipo de actividad susceptible de desarrollo, así como en los efectos sobre la futura pensión de jubilación, al finalizar, definitivamente, la vida laboral activa. Pero, ambas fórmulas favorecen la flexibilidad de la jubilación y, en línea con las recomendaciones del Pacto de Toledo, fomentan la permanencia de los trabajadores en activo a través de incentivos sociales, fiscales y laborales, contribuyendo a la sostenibilidad del sistema, al compatibilizar la pensión, reducida, con los ingresos precedentes de la actividad profesional.

3.6 La jubilación forzosa

3.6.1 LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACIÓN FORZOSA

Merece especial atención la jubilación forzosa del trabajador, como instrumento que permite expulsar a los trabajadores del mundo laboral por el

²⁵⁰ CABEZA PEREIRO, J., «Jubilación y envejecimiento activo», *Temas laborales*, núm. 163, 2022, pp. 182 ss.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² CAVAS MARTÍNEZ, F., «Artículo 215. Jubilación parcial», en VV. AA. (Coord.: SEMPERE NAVARRO, A. V., BARRIOS BAUDOR, G. y CAVAS MARTÍNEZ, F.), *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 557.

²⁵³ AGUILAR DEL CASTILLO, M. C., «Otras formas de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo: la jubilación flexible y la jubilación activa...», *op. cit.*, p. 199.

mero hecho de cumplir una edad determinada. La cuestión no es, en absoluto, baladí, pues supone una limitación al derecho al trabajo protegido por el artículo 35.1 CE. Así, frente al fenómeno del envejecimiento poblacional, que aconseja el envejecimiento activo, se introducen este tipo de normas que establecen un límite cronológico rígido, determinado por el cumplimiento de una determinada edad, a partir del cual se impide al trabajador continuar ejerciendo la prestación de trabajo, resultando obligado a jubilarse, aún en contra de su voluntad²⁵⁴.

Las cláusulas de jubilación forzosa, en puridad, consuman la discriminación directa por razón de edad de los trabajadores afectados. No obstante, están sujetas a lo dispuesto por la Directiva 2000/78/CE, pudiendo configurarse como una excepción a la prohibición de discriminación si se ajustan a lo dispuesto por el artículo 6.1 de la precitada Directiva.

En el ordenamiento interno, desde su nacimiento, las idas y venidas, autorizando o no la jubilación forzosa, evidencian la polémica que generan este tipo de medidas que, sin embargo, son aceptadas explícitamente tanto por la parte empresarial como por la sindical. Asimismo, desde el principio, el TC ha avalado la posibilidad de establecer disposiciones de jubilación forzosa negociadas por los interlocutores sociales, siempre que la medida esté justificada como objetivo legítimo de fomento de empleo y política social²⁵⁵. Con todo, la tendencia actual es la de restringir este tipo de normas por una triple motivación²⁵⁶. En primer lugar, por el riesgo de que se produzca una incompatibilidad de la norma interna con la Directiva 2000/78/CE. Si bien, esta posibilidad parece difuminarse tras la STJUE del asunto *Palacios de la Villa*²⁵⁷, que dejó

²⁵⁴ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros...* *op. cit.*, p. 267.

²⁵⁵ ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Las jubilaciones anticipadas y su evolución...», *op. cit.*, p. 494.

²⁵⁶ CABEZA PEREIRO, J., «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación...», *op. cit.*, pp. 63-86.

²⁵⁷ Asunto *Palacios de la Villa*, STJUE de 16 de octubre de 2007, C-411/2005, EU: C:2007:604. El Sr. Palacios de la Villa, de 65 años de edad, trabajó como director de organización para la empresa Cortefiel durante 24 años. Cuando ésta le notificó la extinción automática de su relación laboral por haber alcanzado la edad de jubilación forzosa prevista en el Convenio Colectivo de aplicación, el Sr. Palacios de la Villa interpuso una demanda por estimar que dicha notificación equivalía a un despido. Solicitó así que la medida se declarara nula por vulneración de sus derechos fundamentales y, en concreto, de su derecho a la no discriminación por razón de la edad, dado que dicha medida se adoptaba, exclusivamente, por haber alcanzado la edad de 65 años. El Tribunal *a quo* pregunta al Alto Tribunal si la Ley 14/2005, de 1 de julio, que incorpora un acuerdo previo de los agentes sociales —disposición transitoria única— se opone a la Directiva 2000/78/CE que prohíbe toda discriminación por razón de edad. La disposición prevé, como régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la ley que contenían cláusulas de jubilación forzosa, la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador alcance los 65 años de edad y cumpla con los requisitos de acceso a la jubilación. La dispensa de un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad en comparación con el resto de trabajadores del mercado laboral, supone una discriminación directa basada en la edad del trabajador, en el sentido del artículo 2, apdos. 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE. En concreto, se cuestiona si la diferencia de trato por razón de edad se justi-

muy claro el amplio paraguas protector que depara el artículo 6 de la precitada Directiva. Un segundo motivo es la necesidad de que las recomendaciones del Pacto de Toledo y los acuerdos del diálogo bipartito y tripartito sean, más o menos, compatibles. Y, finalmente, el tercero de los motivos, que impone cierta restricción, es la posición de los interlocutores sociales, que han ido asumiendo posturas menos liberales y más exigentes frente a ellas.

El origen de la jubilación forzosa, se sitúa en la disposición adicional quinta del ET del año 1980, que habilitó al Gobierno y a la negociación colectiva para establecer edades de jubilación. Así, se permitía imponer una edad máxima para trabajar, en todo caso, de, al menos, 69 años²⁵⁸. Dos recursos de constitucionalidad, resueltos por la STC 22/1981, de 2 de julio, y la STC 58/1985, de 30 de abril²⁵⁹, con fallos dispares y pronunciándose sobre aspectos diversos, pusieron en tela de juicio la legalidad de la norma.

La STC 22/1981, de 2 de julio, declaró inconstitucional la disposición adicional quinta «interpretada como norma que establece la incapacitación

fica conforme a lo dispuesto en el artículo 6, apdo. 1, párrafo primero de la Directiva 2000/78/CE. Pues según este precepto, una diferencia de trato no constituye una discriminación prohibida si está justificada «objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr ese objetivo son adecuados y necesarios». El Tribunal de Luxemburgo admite y confirma que la normativa española dispensa un trato menos favorable a las personas que hayan alcanzado la edad de 65 frente a las demás. Por tanto, es una diferencia de trato con base en la edad del trabajador. Le compete, por tanto, verificar si concurren los requisitos que justifiquen, por un lado, la diferenciación por razón de edad y, por otra, el sacrificio del derecho individual en favor del interés general. En primer término, el Tribunal de Luxemburgo hace referencia a la libertad que tienen los Estados miembros para definir los objetivos de política social, del mercado de trabajo y de la formación profesional. Y en este sentido, la norma cuestionada, que permite la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos, se adoptó en el marco de una política nacional dirigida a favorecer el acceso al empleo mediante su distribución intergeneracional. La finalidad de la jubilación forzosa es regular el mercado nacional de trabajo y reducir el desempleo, promocionando la contratación, lo que se consideró, valorando la intención de los agentes sociales, un objetivo de política social legítimo. Aunque, hay que decir que la disposición transitoria, a diferencia del artículo único de la Ley 14/2005 –que incluye la disposición adicional décima en el ET– no se refería formalmente a ninguno. Por tanto, es necesario que otros elementos del contexto general de la medida permitan identificar el objetivo subyacente en la misma. En este sentido, la medida se consideró razonable para alcanzar el pleno empleo y los medios empleados se estimaron adecuados y necesarios, restringiendo su aplicación práctica en exclusiva a los trabajadores con acceso a una pensión de jubilación en su modalidad contributiva, lo que salvaguardaba la ponderación de intereses. El Tribunal de Luxemburgo concluyó que la Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa nacional que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, y que cumpla las condiciones de acceso a una pensión contributiva.

²⁵⁸ DA 5.ª ET de 1980: «La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

²⁵⁹ STC 58/1985, de 30 de abril, ECLI: ES: TC:1985:58.

para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad»²⁶⁰. No obstante lo anterior, esta sentencia delimitó un marco dentro del cual se reconoce la constitucionalidad de las normas de jubilación forzosa. La interpretación del precepto se concreta, en tres premisas: En primer término, el establecimiento de edades de jubilación forzosa sería constitucional si, en una situación de desempleo elevado, dicha limitación proporciona una oportunidad de trabajo a los desempleados²⁶¹. Así, parece que la jubilación forzosa no ha de redundar en la amortización de puestos de trabajo. En segundo lugar, el sacrificio, tanto económico como personal, que la jubilación forzosa origina al trabajador, debe compensarse para evitar una lesión desproporcionada de su derecho constitucional al trabajo²⁶². En este sentido, el límite máximo de edad propuesto solo debería ser efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia necesarios para obtener la pensión de jubilación. Finalmente, la disposición adicional quinta implica el reconocimiento implícito de la posibilidad de realizar políticas de empleo con instrumentos como la jubilación forzosa, de tal manera que se habilita al Gobierno para establecer este tipo de políticas, dentro de los límites y condiciones fijados²⁶³.

Tres años después de esta resolución, la STC 58/1985, de 30 de abril, con un fallo en sentido contrario, declaraba la constitucionalidad de la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, de 14 de marzo. En esta resolución ya no se cuestiona la legalidad de la jubilación forzosa, que se da por válida, sino que se discute la constitucionalidad del párrafo segundo de la disposición adicional quinta, que permite el establecimiento de edades de jubilación forzosa por medio de la negociación colectiva, lo que afecta al derecho individual al trabajo. El TC subrayó que la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual, que debe contar con cierta disponibilidad de actuación que garantice la libertad personal. No obstante, no se puede negar toda virtualidad a la vía convencional, al conformar un instrumento fundamental, para ordenar las relaciones de trabajo. Pues, en el marco del convenio, como resultado de la negociación, los intereses colectivos han de pesar más que los intereses individuales. Por tanto, es necesario que, de alguna manera, ambos argumentos confluyan²⁶⁴.

²⁶⁰ STC 22/1981, de 2 de julio, ECLI: ES: TC:1981:22.

²⁶¹ BLASCO PELLICER, A., «La jubilación forzosa en la negociación colectiva: (Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.ª ET)», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 1, 2002, pp. 63-78.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*.

²⁶⁴ *Ibidem*.

De la confluencia de ambas sentencias, se concluyó que el establecimiento de edades de jubilación forzosa establecidas por convenio no vulneraba, *per se*, el artículo 14 de la Constitución. Existía una habilitación legal expresa a la negociación colectiva para ello y la disposición legal que otorgaba dicha autorización era constitucional, en la medida en que realizaba una adecuada ponderación de los derechos individuales e intereses afectados. Y se entendió, asimismo, que, en el caso de desaparición de la norma habilitadora, la autonomía colectiva podría establecer medidas de jubilación forzosa respetando los límites impuestos por el TC al legislador²⁶⁵.

En el año 1995, la reforma del ET renumera y otorga un nuevo contenido a la disposición adicional reguladora de la jubilación forzosa —que, pasa a ser la décima—. Declara expresamente que «la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo»²⁶⁶. Y convierte, así, la institución de la jubilación en herramienta para llevar a cabo la primera política de empleo desarrollada en España, para sustituir a trabajadores mayores por trabajadores más jóvenes, otorgando a las partes sociales la facultad para el establecimiento de edades máximas para trabajar. Sin duda, se articuló de este modo el rejuvenecimiento forzoso del mercado de trabajo por medio de la negociación colectiva, configurándose la jubilación forzosa como un instrumento al servicio del fomento del empleo en la empresa²⁶⁷. Asimismo, operó una transformación del significado de la jubilación forzosa, que pasó de ser una medida que afecta al derecho individual del trabajador, a ser una proyección colectiva del derecho del trabajo como herramienta de la política de empleo²⁶⁸. Con todo «conducida la jubilación forzosa por los vericuetos de la política de empleo es fácil perder la óptica discriminatoria»²⁶⁹. Es por ello que, además de la vertiente colectiva, re-

²⁶⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El concepto de jubilación flexible...», *op. cit.*, p. 125 ss.

²⁶⁶ DA 10.^a ET de 1995: «Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

²⁶⁷ VIQUEIRA PÉREZ, C., «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y FLORES JIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 280-281.

²⁶⁸ MARTÍN DE LA PUEBLA, E. y SASTRE IBARRECHE, R., *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 10.

²⁶⁹ APARICIO TOVAR, J., «Sobre la jubilación obligatoria establecida en convenio colectivo y la política de empleo como justificación de las diferencias de trato en función de la edad madura», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La Relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 188.

sulta imprescindible no olvidar la vertiente individual del derecho al trabajo y establecer las garantías necesarias para la conservación del empleo²⁷⁰.

Las cláusulas de jubilación forzosa no fueron un problema en las dos últimas décadas del siglo xx. No obstante, en el año 2000, en aplicación del artículo 19 TFUE, se aprueba la Directiva 2000/78/CE, que establece un marco general para luchar contra la discriminación en el empleo y la ocupación, por las causas de discriminación de nueva generación, entre ellas, la edad. Y, a partir de ahí, se empieza a cuestionar si es susceptible de conformar una discriminación por edad establecer la extinción forzosa del contrato –licita y, en principio, no indemnizada– al cumplir el trabajador edad de jubilación, en virtud de un convenio colectivo o declarada por la administración competente para la función pública. Del estudio de la Directiva 2000/78/CE, y de la jurisprudencia del TJUE en aplicación de la misma, se comprueba que el establecimiento de edades de jubilación forzosa constituye una diferencia de trato directa, al dispensar a los trabajadores, por razón de su edad, un trato menos favorable. No obstante, la extinción automática del contrato de trabajo vinculada a la condición «edad» gozaría de la cobertura que el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE ofrece a los Estados miembros para que puedan establecer las políticas de empleo que consideren oportunas, sin incurrir en discriminación, siempre que la finalidad de la medida sea legítima, la justificación, objetiva y razonable y los medios empleados sean proporcionales. En este sentido, el fin de la jubilación forzosa es facilitar el relevo generacional, un objetivo legítimo de política de empleo, que la justifica, objetiva y razonablemente, pese a que, paradójicamente, destruye empleo. El medio es la pensión de jubilación del trabajador, en principio, un medio proporcional y adecuado.

Así, los órganos jurisdiccionales internos comienzan a plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo acerca de la adecuación de este tipo de normativas a la Directiva 2000/78/CE. Fruto de ello, se ha generado una doctrina, a cuyo tenor caben medidas que permiten la jubilación forzosa del trabajador, en el marco del Derecho nacional, justificadas en objetivos legítimos de política de social de interés general, como son las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, que lo diferencia de otros objetivos individuales, como, por ejemplo, la reducción de costes empresariales²⁷¹. No obstante, el TJUE admite que una normativa nacional pueda

²⁷⁰ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1980, p. 32.

²⁷¹ Asunto *Age Concern England*, STJCE de 5 de marzo de 2009, C-388/07, EU: C:2009:128.

prever cierta flexibilidad para con los empleadores y, así, conseguir dichos objetivos²⁷².

Por otra parte, los Estados miembros, en ocasiones, señalan consideraciones de índole presupuestaria –por ejemplo, situaciones de crisis económica grave– que, no obstante, deberán ir acompañadas de otras de carácter político, social o demográfico, como favorecer el empleo o una estructura de edades equilibrada entre trabajadores jóvenes y trabajadores de mayor edad, ya que por sí solas no constituyen un objetivo legítimo y, por tanto, no son suficientes para privar del efecto útil a los preceptos de la Directiva 2000/78/CE²⁷³.

El Tribunal de Luxemburgo ha señalado que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación muy amplio para decidir la finalidad de la medida adoptada, así como los medios adecuados para alcanzarla. Incluso, puede suceder que el objetivo de política social no esté incluido, expresamente, en la norma controvertida, lo cual, no excluye la posibilidad de que el mismo exista. Deberán concurrir, entonces, otros elementos que posibiliten identificar ese objetivo velado, de forma que sea posible el control jurisdiccional sobre su legitimidad, así como la idoneidad de los medios empleados para lograrlo²⁷⁴. Asimismo, el TJUE dispone que son las autoridades internas de los Estados miembros las encargadas de encontrar el punto de equilibrio entre los intereses y derechos en juego, evitando un perjuicio excesivo de los intereses legítimos de los afectados²⁷⁵.

Con todo, ha resultado una jurisprudencia, a todas luces flexible, al no haberse dotado a la edad de un régimen protector tan intenso como el deparado a otras causas discriminatorias. De hecho, el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE contempla el objetivo de favorecer el empleo de los jóvenes, pero también figura la inserción de los trabajadores de más edad. A tenor de lo establecido por el artículo 3 TUE, apdo. 3, la promoción de un alto nivel de empleo es una de las finalidades de la UE. Y, en este sentido, hay que decir, que el TJUE se ha inclinado a favor de los jóvenes²⁷⁶. En efecto, afirma que la ju-

²⁷² Vid., asunto *Fuchs y Köhler*, STJUE de 21 de julio de 2011, C-159/10 y C-160/10, EU: C:2011:508, apdo. 52.

²⁷³ OLMOS PARÉS, M. I., «El relevo generacional y la discriminación por razón de edad en la extinción del contrato de trabajo a propósito de la sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021», *Revista General de Derecho Social*, núm. 2021, p. 97.

²⁷⁴ En este sentido, vid. el apdo. 44 del asunto *Age Concern England* o los apdos. 56 y 57 del asunto *Palacios de la Villa*.

²⁷⁵ Asunto *Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, STJUE de 15 de abril de 2021, C-511/19, EU: C:2021:274.

²⁷⁶ Vid el asunto *Co*, STJUE de 2 de abril de 2020, ECLI: EU: C:2020:272, apdo. 37, el asunto *Palacios de la villa*, STJUE de 16 de octubre de 2007, C-411/05, EU: C:2007:604, apdo. 65, o el asunto *Abercrombie & Fitch*, STJUE de 19 de julio de 2017, C-143/16, EU: C:2017:566.

bilación forzosa de trabajadores está presente en la legislación laboral de numerosos Estados miembros, como una vía para equilibrar intereses políticos, económicos, sociales, demográficos y presupuestarios, que depende de que se prolongue la vida activa de los trabajadores de más edad o, por el contrario, prever su jubilación²⁷⁷. Así, al permitir la Directiva los dos tipos medidas, los Estados miembros deberán definir sus políticas para conseguir un alto nivel de empleo, y, en muchos casos, será el poder judicial el que deberá dirimir la proporcionalidad de la medida. Y, en este sentido, el TJUE ha admitido las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, siempre y cuando los trabajadores afectados cumplan los requisitos de edad y cotización para acceder una pensión, ya que ello no supone un menoscabo excesivo de sus intereses legítimos²⁷⁸. En este sentido, hay que decir que la Jurisprudencia del TJUE ha admitido una casuística muy amplia²⁷⁹, como, por ejemplo, que el trabajador, de acuerdo con el empresario, pueda retrasar la fecha de la extinción del contrato.

Con todo, los objetivos de políticas sociales que sugieren prejubilaciones o jubilaciones al llegar el trabajador a una determinada edad, a veces se conjugan con normativas que intentan favorecer el retraso en la edad de jubilación²⁸⁰.

Siguiendo con el ordenamiento interno, la disposición adicional décima es derogada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, con base en el cambio de las realidades demográficas y del mercado de trabajo. La enigmática derogación de la norma²⁸¹ causó sorpresa y cierta confusión pues la Ley de 2001 no prohibió expresamente que los convenios colectivos regularan edades de jubilación forzosa²⁸². En este sentido, el TSJ de Cataluña manifestó, en una de sus resoluciones, que tal derogación no debía interpretarse como una prohibición de su regulación por convenio colectivo, pues lo que pretende «es desactivar un estímulo de la adopción de las medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa. En ningún lugar de la norma se habla de una prohibición de tal medida»²⁸³. A partir de esta declaración se abrió un

²⁷⁷ En este sentido, *vid.* el asunto Palacios de la Villa, STJUE de 16 de octubre de 2007, C-411/05, EU: C:2007:604, apartado 69, o el asunto Rosenbladt, STJUE de 12 de octubre de 2010, C-45/09, ECLI: EU: C:2010:601, apartado 44.

²⁷⁸ Asunto *Rosenbladt*, STJUE de 12 de octubre de 2010, C-45/09, ECLI: EU: C:2010:601, apdo. 47.

²⁷⁹ *Vid.* asunto *John*, STJUE de 28 de febrero de 2018, C-46/17, EU: C:2018:131.

²⁸⁰ Asunto *Hörnfeldt*, STJUE de 11 de julio de 2012, C-141/11, EU: C:2012:421.

²⁸¹ CABEZA PEREIRO, J., «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad...», *op. cit.*, pp. 64.

²⁸² *In extenso*, *vid.* TORTUERO PLAZA, J. L., «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001, pp. 51 ss.

²⁸³ STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2002 –Rec. núm. 5665/2002–, ECLI: ES: TSJ-CAT:2002:13979.

debate entre la jurisprudencia y la doctrina. Así, un sector se mostró partidario de que la derogación no afectara a la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo. En cambio, el otro sector consideró que, sin disposición que lo habilitase, dichas cláusulas quedaban derogadas *ipso facto*, además de extenderse su prohibición *ad futurum*²⁸⁴. Con todo, aunque desapareciera la autorización concreta, persistía la habilitación genérica contenida en el artículo 17.3 ET, según la cual el Gobierno «puede regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo»²⁸⁵.

El punto de inflexión lo marcó la STS de 9 de marzo de 2004²⁸⁶, que estimó el recurso para la unificación de doctrina planteado por AENA –si bien, con el Voto Particular de tres magistrados–. Las dos posiciones encontradas entre los magistrados del TS fueron, sucintamente, por un lado, la favorable a entender que los convenios colectivos podían seguir estableciendo cláusulas de jubilación forzosa y, por otro, la que negaba tal posibilidad. El TS, finalmente, se decantó por la última y prohibió, a partir de esa fecha, las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en convenios colectivos, por entender que atentaba al derecho a la igualdad, al discriminar a los trabajadores por razón de su edad, ya que no se daban razones de política de empleo que las justificase.

En el año 2005, se aprueba la Ley 14/2005, sobre las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. La reforma laboral resulta clarificadora y resucita, de forma expresa, la posibilidad de que los convenios colectivos incluyan cláusulas de jubilación forzosa, vinculadas, como siempre, al hecho de que el trabajador reúna la cotización mínima para acceder a la pensión de jubilación, y, en todo caso, justificadas por medidas coherentes de política de empleo²⁸⁷. Poco tiempo después, el TC, siguiendo su anterior línea jurisprudencial, dictó dos nuevas senten-

²⁸⁴ *In extenso*, vid. MELLA MÉNDEZ, L., *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

²⁸⁵ ALARCÓN CARACUEL, M. R., «El concepto de jubilación flexible...», *op. cit.*, p. 134.

²⁸⁶ STS de 9 de marzo de 2004 –Rec. núm. 765/2003–, ECLI: ES: TS:2004:1592.

²⁸⁷ DA 10.^a ET: «Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibilite la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva».

cias²⁸⁸, la STC 280/2006, de 9 de octubre y la STC 341/2006, de 11 de diciembre, en las que valida las medidas de jubilación forzosa explícitamente vinculadas a políticas de empleo. Así, el alto Tribunal precisa que las cláusulas del convenio colectivo debían de expresar con claridad las políticas de empleo concretas, sin que estas fueran una entelequia.

En el año 2012, con unas cifras de paro superiores al veinte por ciento, con el objetivo de contribuir a salir de la profunda crisis económica en el año 2009, se acomete una nueva reforma de la legislación laboral²⁸⁹. La nueva disposición adicional décima²⁹⁰ considera nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios de jubilación forzosa, cualquiera que sea su extensión y alcance. Se prohíben, pues, *ex nunc*, las cláusulas de jubilación forzosa pues, transitoriamente, permanecieron en vigor las cláusulas contenidas en los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, hasta su derogación tras la finalización del período inicial de vigencia pactado en el convenio²⁹¹. Los agentes sociales, de nuevo, se sintieron desposeídos de una herramienta importante en el contexto de la negociación colectiva, aunque con intereses cruzados, según la parte de la que se tratara, patronal o trabajadores.

No obstante, en el año 2018, el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva insta a la Administración para que «realice los cambios legales que permitan que los convenios colectivos posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, siempre que el trabajador afectado tenga derecho a la pensión completa de jubilación, con el fin de facilitar el relevo generacional y vinculado a objetivos de políticas de empleo»²⁹². El mensaje que trasladan las partes sociales al legislador es claro: es preciso vincular la jubilación forzosa a la pensión máxima, para un relevo generacional sin amortización del puesto de trabajo²⁹³. Fruto del Acuerdo, ese mismo año, el RD-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, dio de nuevo vida a la posibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa en convenio colectivo. La nueva redacción de la disposición adicional

²⁸⁸ STC 280/2006, de 9 de octubre, ECLI: ES: TC:2006:280 y STC 341/2006, de 11 de diciembre, ECLI: ES: TC:2006:341.

²⁸⁹ DF 4.2 Ley 3/2012, de 6 de julio, que modifica la DA 10.^a ET.

²⁹⁰ DA 10.^a ET: «Se entenderán nulas y sin efectos las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas».

²⁹¹ DT 15.^a Ley 3/2012.

²⁹² Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018.

²⁹³ GARCÍA ORTEGA, J., «Pensión de jubilación y no discriminación por edad...», *op. cit.*, pp. 334-335.

décima ET establece: «Los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá cumplir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse a objetivos coherentes de política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de trabajadores con contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo». Aunque la norma supone dar un trato desigual a los trabajadores por causa de la edad, cumple con los estándares exigidos para resultar, sin duda, constitucional y adecuada a la Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha modificado, de nuevo, la disposición adicional décima del ET²⁹⁴. Revisión que, en esta ocasión, se lleva a cabo por medio de una reforma de la legislación de Seguridad Social y no a través de una reforma laboral²⁹⁵. La nueva redacción incorpora, de manera casi idéntica, el contenido del «Acuerdo social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia»²⁹⁶, de 1 de julio de 2021, por lo que es una norma fruto de la concertación social. Con ello, se pretende que una medida como la jubilación forzosa, sumada y combinada con otras —como la penalización de la jubilación anticipada, tanto la voluntaria como la involun-

²⁹⁴ DA 10.ª ET: «En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora. 2. Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas».

²⁹⁵ Como había ocurrido ya con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación, y modernización del sistema de Seguridad Social

²⁹⁶ Accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/070721-acuerdo_pensiones.pdf

taria, la mejora de los incentivos para la jubilación demorada, la reformulación de las reglas de la jubilación activa, etc.— sirva para favorecer el acercamiento voluntario de la edad efectiva o real de jubilación con la edad legal²⁹⁷.

Sin embargo, en puridad, esta modificación las aleja, pues la jubilación forzosa será, con carácter general, más demorada que la jubilación ordinaria²⁹⁸. Con todo, al ser la edad media efectiva de jubilación inferior a la edad legal, la medida contribuye a su acercamiento.

En cualquier caso, con el objeto de proteger al trabajador que, por razón de su edad, ve extinguida su relación laboral, se continúa la línea de endurecer los requisitos exigidos a la negociación colectiva para el establecimiento de este tipo de cláusulas. En este sentido, merece una crítica que esta nueva reforma se aprobase sin ponderar los efectos producidos por el RD-Ley 28/2018, siendo, en efecto, mucho más restrictiva que sus antecedentes²⁹⁹. Así, se eleva, con carácter general, el límite mínimo a partir del cual se puede establecer, por convenio colectivo, la extinción del contrato de trabajo, por edad, a los 68 años. Con todo, como novedad, la norma contempla un supuesto especial, en el que el límite anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación: se trata de actividades con infrarrepresentación femenina, configurándose la excepción como una medida de acción positiva por razón de sexo. Además, con el objeto de proteger el interés individual del trabajador, deberán concurrir en este los requisitos para poder acceder a una pensión del cien por ciento de la base reguladora. Se cumple, por tanto, con el principio de proporcionalidad en el sacrificio de derechos, al limitar, de alguna manera, la decisión extintiva del contrato. Debe repararse en que este requisito obliga a que el trabajador acredite una larga carrera de cotización, lo que, indirectamente, implica un impacto de género, al ser previsible que más hombres que mujeres cumplan dicho requisito.

La jubilación forzosa, de alguna manera, cuestiona la aptitud para trabajar de las personas de edad y cercena, además, su derecho al trabajo. Por ello, su establecimiento, a través del diálogo social, debe justificarse en objetivos coherentes de política de empleo, expresados en el convenio colectivo, y vinculados al relevo generacional, a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un trabajador. Se trata de una novedad que, sin duda, obliga a ejercer un control intenso para evitar extinciones contractuales fraudulentas. En

²⁹⁷ La edad real de jubilación en 2020 fue de 64.6 años, de acuerdo con el documento del Banco de España Tendencias recientes en la edad de acceso a la jubilación. Artículos analíticos. Boletín Económico 4/2020, Banco de España, p.1. Accesible <https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/analisis-economico-e-investigacion/boletin-economico/index2020.html>

²⁹⁸ CABEZA PEREIRO, J., «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad...», *op. cit.*, p. 70.

²⁹⁹ *Ibidem*.

este sentido, hasta la fecha, los Tribunales nunca se han preocupado de valorar la adecuación de las políticas de empleo frente a la medida impuesta, es decir la relación causa-efecto entre la jubilación forzosa y el objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio, por lo que se plantea la duda de si, en un futuro, se adoptarán las medidas de control adecuadas. Lo que la norma, ciertamente, favorece es el objetivo concreto, cual es la contratación indefinida y a tiempo completo de la persona trabajadora. La Ley 21/2021 incorpora al ET la disposición transitoria novena, que regula la aplicación temporal de la disposición adicional décima, con la redacción dada por aquella, a los convenios suscritos desde el 1 de enero de 2022. En el caso de convenios suscritos antes de esa fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada.

En general, la jubilación es una prestación que necesita de una caja de pensiones fuerte, con un número de cotizantes elevado para sostener la institución, que no suele darse en tiempos de crisis. La jubilación forzosa produce, el efecto contrario, lo que resulta, cuando menos, paradójico, pues, por un lado, aumenta el desempleo y, por otro, desciende el número de cotizantes³⁰⁰. Así, habría que preguntarse si detrás de la jubilación forzosa lo que subyace es un problema de equidad del mercado de trabajo, políticas de empleo de renovación de plantillas o sustitución de gente mayor por gente joven, o, *sensu contrario*, políticas empresariales –ocultas– de relación coste-productividad. Esta idea la expresan algunos teóricos de economía laboral de países capitalistas, como Japón, en los que rige el proyecto una «vida laboral-una empresa». Ellos distinguen tres períodos en la vida activa de un trabajador. En concreto, afirman que, en este proyecto, hay una parte de la carrera profesional en la que el trabajador es más productivo para la empresa en relación a su retribución. A continuación, durante un período intermedio de su vida laboral, se produce un cierto equilibrio entre salario y productividad. Y, finalmente, en la parte final de la carrera profesional del trabajador, el salario comienza a exceder de la productividad real que la empresa obtiene por su trabajo. Por tanto, en la política laboral de un país que presenta como modelo «una vida laboral-una empresa», las jubilaciones forzosas son la pieza fundamental de equilibrio de un contrato de trabajo de tracto sucesivo que tiene que durar toda la vida laboral. En efecto, algunos sistemas han optado por «permitir la jubilación forzosa en la legislación como un ingrediente de un contrato para toda la vida laboral, entre la empresa y la persona trabajadora»³⁰¹. En

³⁰⁰ MARTÍNEZ-GUTIÉRREZ MACHUCA, M. A., «La jubilación forzosa en perspectiva favorable...», *op. cit.*, p. 452.

³⁰¹ *In extenso, vid.*, CABEZA PEREIRO, J., «Trabajo de mayores y discriminación por edad», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2022, pp. 229-250.

este sentido, hay que plantearse si en países, con poca estabilidad laboral, las cláusulas de jubilación forzosa tienen la misma virtualidad.

La extinción del contrato por razón de la edad genera lógicas reservas para aquellos que defienden que se produce una diferencia de trato discriminatoria. No obstante, sin negar la diferencia de trato, desde otro punto de vista cabría preguntarse si los trabajadores maduros no se expondrían a una mayor discriminación si no existiera la jubilación forzosa. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la jubilación forzosa del trabajador puede evitar problemas de estereotipos de edad, despidos por ineptitud sobrevenida, o la inclusión del trabajador de edad en expedientes de regulación de empleo, pudiendo encontrar, por tanto, en este tipo de cláusulas, la pieza de equilibrio. La importancia de esta modalidad de jubilación también puede residir en que la menor preocupación del empleador por desprenderse de los trabajadores mayores al cumplir determinada edad –ante la certeza de una extinción contractual sin carga económica y en un plazo determinado–, a la postre, produzca unas condiciones de trabajo menos conflictivas³⁰². Hay que ser realista y, como sugiere el autor, plantearse si una medida como la jubilación forzosa puede contribuir al mantenimiento del empleo de los trabajadores maduros. Los planes de prejubilación son muy costosos, tanto para el empresario como para el Estado y, tal vez, una medida como esta pueda contribuir a que no se despida, anticipadamente, a trabajadores cercanos a la edad de jubilación, si aquel puede contar con la jubilación forzosa en un tiempo tasado futuro, más o menos, próximo.

Con todo, no hay que olvidar que el deseo de un alto número de trabajadores es la jubilación, sobre todo la de aquellos que van a acceder a una pensión de jubilación en una cuantía semejante a la de su salario. Cuestión distinta es la de trabajadores con retribuciones salariales muy altas, normalmente, muy cualificados. Para ellos, la jubilación supone una pérdida de poder adquisitivo y, en la medida de lo posible, prefieren prolongar su vida laboral activa, contribuyendo al envejecimiento activo.

3.6.2 LA JUBILACIÓN FORZOSA EN EL SECTOR PÚBLICO

Es obligado hacer una referencia a la jubilación forzosa de los funcionarios públicos. El EBEP dispone³⁰³ la obligatoriedad de la jubilación de estos

³⁰² CABEZA PEREIRO, J., «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad...», *op. cit.*, p. 84.

³⁰³ Artículo 67.3 EBEP: «La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad. No obstante, en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten

trabajadores, que se declarará de oficio al cumplir los 65 años de edad. Con efectos del 1 de enero de 2011, la disposición adicional tercera de la LGSS incluyó en el RGSS al personal funcionario relacionado en el artículo 2.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobada por el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Asimismo, tras la entrada en vigor del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, «la edad de jubilación forzosa del personal funcionario incluido en el RGSS será, en todo caso, la que prevean las normas que regulan dicho régimen y que dan el acceso a la pensión contributiva de jubilación sin coeficiente reductor por razón de la edad». Todo ello, se traduce en que la edad de jubilación forzosa de los empleados públicos difiere en función del régimen de Seguridad Social en que se encuentre encuadrado el funcionario. Así, aquellos que aún pertenecen al Régimen de clases pasivas, la jubilación se declara de oficio al cumplir la persona trabajadora 65 años, si se cumplen los requisitos de cotización. Y, para aquellos que ya se encuadran en el RGSS, se les aplica la norma que retrasa la edad de jubilación, como al resto de personas trabajadoras pertenecientes a dicho régimen.

No obstante, existen excepciones. En efecto, la jubilación se puede demorar, al ser posible solicitar la prolongación voluntaria en el servicio activo. Si dicha petición es aceptada por la Administración, la persona interesada puede continuar desarrollando su actividad hasta los 70 años. Es el caso de los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios, Magistrados, Jueces, Fiscales, Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios civiles de la Administración General del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependiente³⁰⁴.

Se trae a colación la STS de 15 de noviembre de 2021³⁰⁵, que sienta doctrina, según la cual, los funcionarios pueden ser obligados a jubilarse al cum-

en desarrollo de este Estatuto, se podrá solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumpla setenta años de edad. La Administración Pública competente deberá de resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación. De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación».

³⁰⁴ Incluso, los notarios y registradores que lo soliciten pueden permanecer en activo hasta los 72 años, lo cual resulta un agravio comparativo.

³⁰⁵ STS de 15 de noviembre –Rec. núm. 360/2020–, ECLI: ES: TS:2021:4169. El TS rechazó el recurso presentado por un funcionario del Tribunal de Cuentas que, después de 44 años de servicio, pedía continuar trabajando en su puesto de auditor hasta los 70 años y alegaba para ello que existían vacantes: argumentaba que había 324 plazas dotadas presupuestariamente mientras que se contabilizaban 260 efectivos. Sin embargo, su solicitud fue denegada con base en diversos informes de los superiores de este empleado público en los que cuestionaban su rendimiento, capacidad de trabajo y adaptación. Concretamente, uno de los informes de sus superiores alertaba de la «inadaptación funcional continuada del solicitante a la estructura del departamento y a sus necesidades, así como a las necesidades organizativas del

plir los 65 años, o una vez cumplan la edad legal de retiro, «si tras analizar su rendimiento y contrastarlo con las necesidades del servicio se concluye que no ha sido el idóneo o deseable». En efecto, si el funcionario, de forma excepcional, desea permanecer en activo, más allá de esa edad y hasta los 70 años que le permite la Ley, deberá justificar que su permanencia supone un «beneficio» para la Administración, que tiene la potestad de alargarle su vida laboral. En este caso, deben concurrir los intereses del funcionario, que desea seguir trabajando, y de la Administración, de no querer prescindir de sus servicios. Por ello, se exige que el titular del departamento en el que aquel realice sus funciones, emita un informe, preceptivo y vinculante, que justifique, según explica el fallo, «la necesidad o no de la prolongación, a tenor de la adecuación funcional del solicitante al puesto de trabajo en el marco de las necesidades organizativas del departamento o unidad razonadamente ponderadas al tiempo de dicha petición». Si el informe es favorable deberá contener una «exposición lo más detallada posible de la adecuación del solicitante al puesto» en el que pretende seguir prestando servicios, con referencia, en su caso, a las tareas que viniera desempeñando el solicitante, la imposibilidad de su sustitución por otro funcionario, el cumplimiento de los requerimientos de actualización formativa o de adaptación a los ritmos de trabajo, nuevas tecnologías u otros, que motivadamente se consideren indispensables para su desempeño. En el caso de que el informe resulte ser desfavorable, «habrá de motivarse con referencia a criterios objetivos, que deben aparecer vinculados a necesidades organizativas (eventual amortización de la plaza o reconversión de los requisitos del puesto), o a la incapacidad funcional del solicitante (inadaptación funcional continuada a la estructura del departamento y sus necesidades objetivas)».

Lo mismo sucede con el personal estatutario de los Servicios de Salud de las CCAA, cuyo Estatuto Marco establece que la jubilación forzosa se declara cuando el interesado cumple 65 años de edad. No obstante, contempla la prolongación de la vida laboral en dos supuestos. Así, el interesado puede solicitar, de manera voluntaria, prolongar su servicio activo hasta los 70 años de edad, como máximo. La prolongación, que no es un derecho, debe ser autorizada o no, de forma justificada, por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de organización. Nada obsta a que la autorización lo sea por un periodo de tiempo inferior. Asimismo, también es posible prorrogar la vida laboral cuando, al interesado, en el momento de cumplir la edad de

departamento». Asimismo, el citado informe albergaba una serie de quejas presentadas desde el 2012 relativas al «escaso rendimiento del demandante», considerado «muy inferior al del resto del equipo», con «retrasos en la entrega de su trabajo», lo que habría provocado «reiterados requerimientos tanto del superior directo como de la dirección técnica».

jubilación forzosa, le resten 6 años o menos de cotización para causar la pensión de jubilación. En este caso, la prórroga no puede ir más allá del día en el que el interesado complete el tiempo de cotización necesario para causar la pensión, sea cual sea el importe de la misma. En ambos casos, la concesión de la prórroga se encuentra supeditada a la debida acreditación de que el interesado reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión y desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento.

3.7 La prejubilación

La prejubilación puede definirse como la «situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación»³⁰⁶. El TS, a su vez, define la prejubilación como «el cese prematuro y definitivo en la vida laboral del trabajador de edad avanzada antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación, mediante las correspondientes contrapartidas económicas a cargo de la empresa»³⁰⁷. No obstante, a diferencia de la jubilación, su cobertura no está protegida por el sistema de Seguridad Social. Tal vez, el temor del legislador a que su referencia expresa condujera al trabajador maduro a optar por dicho abandono prematuro de la actividad laboral haya sido el elemento disuasorio para su regulación en la LGSS, aunque la realidad social evidencia la existencia de una laguna legal resuelta, no obstante, por empresarios, trabajadores y por la propia Administración de Seguridad Social³⁰⁸.

El supuesto más usual de prejubilación comienza con un despido colectivo. Los trabajadores afectados, en situación legal de desempleo³⁰⁹, pasan a percibir la prestación contributiva que, en cada caso, corresponda. Finalizado ese período, solicitan los subsidios de desempleo³¹⁰, que percibirán hasta que

³⁰⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación...*, op. cit., p. 86.

³⁰⁷ STS de 14 de diciembre de 2001 –Rec. núm. 1365/2001–, ECLI: ES: TS:2001:9817.

³⁰⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., «Las prejubilaciones», en AA. VV. (Coord.: MILLAN GARCÍA, A.), *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. Instituto Nacional de la Seguridad Social. 25 aniversario*, INSS, Madrid, 1978-2003, pp. 137-162.

³⁰⁹ Artículo 267 LGSS.

³¹⁰ *Supra*, vid. Capítulo III, epígrafe 3.2.2.

puedan acceder, bien a la jubilación anticipada, con el recorte correspondiente, bien a la jubilación ordinaria ³¹¹.

La prejubilación ha atravesado diferentes etapas desde su nacimiento, en los años sesenta y setenta –con los planes industriales de desarrollo–, su posterior expansión, en la década de los ochenta –con motivo de la reconversión industrial– hasta, finalmente, atravesar sendas etapas de consolidación y contención a finales del siglo xx ³¹². En cada uno de estos períodos situados en distintos momentos socio-económicos, se han dispensado las ayudas pertinentes para cubrir esta contingencia *suigeneris*. Así, en ausencia de regulación por la LGSS, han sido otras normas más específicas las que han incluido la prejubilación como un riesgo necesitado de cobertura. Entre ellas, la Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro, la Ley 27/1984 de 26 de julio de Reconversión Industrial o la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que incorporó el artículo 161 bis) a la LGSS 1/1994, la más explícita.

La norma que se podría decir generalizó la prejubilación fue la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y su Reglamento de desarrollo, RD 825/1993, de 28 de mayo, por el que se determinan las medidas laborales y de Seguridad Social específicas a que se refiere el artículo 6 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, con el siguiente recorrido: cese de la prestación laboral, obtención de la prestación de desempleo, acceso a las ayudas previas a la jubilación y, finalmente, la jubilación ³¹³. Este sencillo esquema refleja un modelo de cobertura: así, en primer lugar, los trabajadores maduros, futuros prejubilados, deben de cesar en sus empresas como consecuencia de un expediente de regulación de empleo; en segundo lugar, es indispensable que la empresa presente un programa que recoja, expresamente, las medidas de prejubilación que se van a adoptar; tales medidas son las contempladas en el marco de la Seguridad Social pública pudiendo, no obstante, ser complementadas por las empresas de forma privada ³¹⁴.

³¹¹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la eficiencia y la discriminación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 430, 2019, pp. 15-51.

³¹² LÓPEZ CUMBRE, L., «La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social», en AA. VV. (Coord.: MONEREO PÉREZ, J. L y MOLINA NAVARRETE, C.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pp. 695-718.

³¹³ *In extenso*, vid. CABEZA PEREIRO, J., «Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos», en VV. AA. (Dir.: BORRAJO DACRUZ, E.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 205-259.

³¹⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., «El tratamiento de las prejubilaciones», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGOS, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de*

La paulatina conjunción de las distintas normas socio-laborales que han regulado la prejubilación permiten extraer algunos de los elementos que identifican su régimen jurídico, a falta de una regulación legal concreta. En la actualidad, siguiendo a López Cumbre, el *iter* a seguir se resume en dos pasos³¹⁵. Primero, la empresa elabora y negocia con los representantes de los trabajadores un plan de prejubilación, en el marco de un acuerdo de empresa específico o de un despido colectivo. Y, segundo, el plan garantiza al trabajador maduro, de 55 años en adelante, tanto una importante cobertura de sus ingresos —aproximados, así, a las retribuciones que percibiría de permanecer este en activo— como la cotización, que se mantiene al mismo nivel, con cargo, por un lado, a la Administración de la Seguridad Social, por la parte que corresponde a las prestaciones públicas y, por otro, con cargo a las empresas y/o a los trabajadores, a través de la suscripción de convenios especiales, de modo que la cuantía de la futura prestación de jubilación no se vea recortada. Además, se efectuarán las correspondientes aportaciones al tesoro público, por parte de las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores mayores de 50 o más años³¹⁶.

Se podría afirmar, pues, que, aunque legalmente no conste expresamente como tal, existe una prestación de prejubilación en el ínterin entre la extinción definitiva del contrato de trabajo y la obtención de la pensión de jubilación, período en el que se concretaría temporalmente³¹⁷. En efecto, el trabajador es despedido, apartado definitivamente de su actividad laboral, ya sea total o parcialmente, con la correlativa disminución de ingresos y, por tanto, de su capacidad económica. Este trabajador maduro, ahora desempleado, a pesar de ser perfectamente válido para la prestación de servicios, no va a tener muchas oportunidades para encontrar un nuevo empleo antes de la jubilación, no solo por su edad y el influjo de los prejuicios, sino también por su especial vulnerabilidad ante las dificultades de reciclaje profesional. Las nuevas tecnologías, en efecto, exigen nuevos perfiles de cualificación, que, a pesar de los mecanismos de formación permanente, en muchos casos, no poseen este tipo de trabajadores.

La prejubilación se configura, por tanto, como un riesgo necesitado de cobertura social, dado el estado de necesidad que genera. Un híbrido jurídico situado entre el desempleo y la jubilación, con los que comparte rasgos comu-

trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria, Tirant Humanidades, Valencia, 2016, pp. 455 ss.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ Artículo 51.11 ET y DA 16.ª Ley 27/2011.

³¹⁷ LÓPEZ CUMBRE, L., «El tratamiento de las prejubilaciones...», *op. cit.*, p. 463.

nes³¹⁸. La edad del trabajador, inferior a la de jubilación, es la clave para diferenciar la prejubilación de la jubilación propiamente dicha. Y el cese en el trabajo, en este caso, definitivo, constituye la nota esencial que la distingue de un «simple» paro³¹⁹. En este sentido, la prestación de desempleo pasa de ser la protección para el tránsito a otro empleo, a actuar como una «pista de aterrizaje» para la jubilación³²⁰. Así, hasta que el trabajador alcanza la jubilación, se encadenan durante varios años prestaciones y subsidios, algunos diseñados especialmente para este colectivo³²¹.

Las causas que provocan la extinción del contrato de trabajo están contenidas en el artículo 49 del ET. La prejubilación no es recogida expresamente como causa de extinción, a diferencia de lo que sucede con la jubilación. Por tanto, la vía utilizada para la ruptura contractual con vistas a la prejubilación puede ser el mutuo acuerdo de las partes *ex* artículo 49.1.a) ET, también llamada «baja incentivada», si a la resolución del contrato se anuda una indemnización pactada. En este caso, el negocio jurídico de la prejubilación constituye una suerte de consenso *sui generis* entre las partes implicadas, pues la ruptura del contrato es a iniciativa del empresario y debe ser aceptada por el trabajador. En el proceso del acuerdo deben distinguirse una dimensión colectiva y otra individual³²². Así, aunque el empresario no necesita de la conformidad de los representantes de los trabajadores, habitualmente los utilizará como intermediarios para presentar las condiciones de la prejubilación, así como los candidatos. No obstante, será el trabajador de forma individual quien deberá aceptar la oferta. Con todo, esta vía no se halla exenta de dificultades, ya que está en juego el derecho a percibir una prestación de desempleo, en modo alguno ideada para cubrir la extinción voluntaria del contrato de trabajo, y así se señala expresamente en la norma.

Normalmente, en consecuencia, el marco jurídico empleado para la extinción del contrato es el despido colectivo *ex* artículo 49.1.i) ET. La ruptura del contrato se tramita a través de un expediente de regulación de empleo del artículo 51 ET, en el que es la iniciativa empresarial la que provoca el cese,

³¹⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Influencia de la edad en las relaciones laborales...», *op. cit.*, pp. 225 ss.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Entre el mal menor y el daño insostenible», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*. Tirant Humanidades, Valencia, 2016, p. 365.

³²¹ CAMBEIRO RELOVA, L., «Prejubilación en ERE», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La Relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 179.

³²² LÓPEZ CUMBRE, L., «El tratamiento de las prejubilaciones...», *op. cit.*, p. 467.

descartándose la existencia de dimisión del trabajador –lo que es indispensable para el acceso a la prestación de desempleo–. En este sentido, la disposición final tercera de la Ley 40/2007 declaró la involuntariedad de las extinciones producidas en virtud de ERE, por ello, las prejubilaciones «consensuadas» en estos expedientes son ceses ajenos a la voluntad del trabajador, por lo que, si este cumple con el resto de requisitos, generará el derecho a percibir la prestación³²³. La elección de los trabajadores es una decisión discrecional del empresario, aunque este no dispone de libertad absoluta³²⁴. Así, el empresario, a pesar del margen que le otorga el artículo 20 ET, está obligado a realizar una valoración conjunta de los criterios seguidos para delimitar, subjetivamente, la selección de los trabajadores afectados, criterios que deben de hacerse explícitos para su control judicial³²⁵. El empresario negociará con los representantes el contenido del plan de prejubilación en el período de consultas del ERE. Hay que resaltar que, tras la reforma laboral de 2012, la posición empresarial resulta reforzada al haber desaparecido la autorización administrativa del artículo 51 ET. Ello, asimismo, ha restado protagonismo a los representantes de los trabajadores, pues, aunque su intervención es importante, no es definitiva³²⁶. Cada trabajador propuesto para el cese deberá aceptar la «oferta» sin que nada obste para que las partes negocien condiciones individuales que la mejoren³²⁷, ya que no deja de ser un pacto individual, a pesar de la iniciativa empresarial –que, como se ha indicado, garantiza el acceso a la prestación de desempleo–. Con todo, habría que abordar ciertas disfunciones en el tratamiento privilegiado que se depara a los ERES, como mecanismo facilitador de prejubilaciones, frente a otro tipo de extinciones³²⁸.

Uno de los principales problemas planteados por estos acuerdos es el posible trato desigual que se da a estos trabajadores. Así, tan singular oferta irá dirigida a un número determinado de personas, el colectivo de trabajadores de edad avanzada, de 55 años en adelante. En este sentido, se plantea la existencia

³²³ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social...», *op. cit.*, p. 30.

³²⁴ VALDÉS DAL-RE, «La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos. El laberinto de la desregularización», *Relaciones laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 1, 1999, p. 87.

³²⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social...», *op. cit.*, p. 19.

³²⁶ VALVERDE ASENSIO, A. J., «La calificación de los efectos del pacto de prejubilación en supuestos de regulación de empleo», *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, pp. 311-330.

³²⁷ MOLERO MANGLANO, C., «Régimen jurídico de los planes de prejubilación», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1994, p. 70.

³²⁸ *Vid. in extenso*, CABEZA PEREIRO, J., «Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos...», *op. cit.*, pp. 205-259.

de discriminación por edad, en los términos de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y proscrita por la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, si esta circunstancia inherente a la persona del trabajador es el único criterio de selección para la extinción del contrato³²⁹. Como es sabido, esta Directiva permite establecer ciertas diferencias de trato por razón de la edad del trabajador si la medida se halla justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima, en el marco del Derecho interno, incluyendo objetivos de políticas de empleo, mercado de trabajo y formación profesional, siempre que los medios para la consecución de tales objetivos sean proporcionados, adecuados y necesarios. En este sentido, para evitar que esta diferencia de trato por razón de la mayor edad del trabajador pueda resultar discriminatoria, se establece un sistema de adhesión voluntaria al ERE, lo que garantiza la aquiescencia del trabajador mediante el consentimiento «libre» del acuerdo para la extinción del contrato. Hay que señalar que esta cuestión no ha generado excesiva litigiosidad³³⁰ y, cuando así ha sido, finalmente, los tribunales, mayoritariamente, han rechazado la alegación de discriminación³³¹, contribuyendo a ello el carácter casi siempre voluntario de la adhesión a dicha medida³³². Con todo, resulta dudosa la efectiva voluntariedad de aceptar una oferta de prejubilación, a la que se ven, casi, obligados, para evitar, más pronto que tarde, un despido sin las ventajas del acuerdo de prejubilación. Lo que permite vislumbrar un carácter, probablemente, forzoso³³³.

³²⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., «La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios-de la Villa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social internacional y comunitario*, núm. 102, 2003, pp. 319-352.

³³⁰ FOLGOSO OLMO, A., «Inexistencia de causa de discriminación en la exclusión de trabajadores mayores de 50 años en el ámbito de aplicación de un despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 872/2017, de 14 de noviembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 425-426, 2018, p. 167.

³³¹ Sobre discriminación, es de interés el asunto *Odar*, STJUE de 6 de diciembre de 2012, C-152/11, EU: TJUE:2012:772. El Alto Tribunal interpreta la Directiva 2000/78/CE, y señala que los preceptos de la precitada Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa encuadrada en el régimen de precisión social de una empresa que establece, respecto de sus trabajadores de más de 54 años que son despedidos por causa económicas, que el importe de la indemnización a que tienen derecho se calcule de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método general de cálculo, según el cual dicha indemnización se basa, en particular, en la antigüedad en la empresa, de tal modo que la indemnización abonada a los citados trabajadores es inferior a la que resulta de aplicar dicho método general.

³³² Asimismo, no se considera discriminatorio excluir a los mayores de 50 del despido colectivo. Por todas, STS de 14 de noviembre de 2017 –Rec. núm. 17/2017–, ECLI: ES: TS:2017:4425.

³³³ LÓPEZ CUMBRE, L., «Discriminación por razón de edad», en AA. VV. (Coord.: ZUFIAUR, J. M.), *Los retos de la igualdad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración-Fundación F. Largo Caballero, Madrid, 2009, pp. 253-304.

La prejubilación ha sido la institución utilizada por grandes empresas, a menudo muy competitivas, para redimensionar sus plantillas, en muchos casos, abusando de ella, lo que ha desencadenado que, finalmente, se haya establecido un mecanismo corrector para penalizar a aquellas empresas que, aun obteniendo beneficios, expulsan a los trabajadores maduros³³⁴. La penalización tiene sentido, no solo por el momento socio-económico actual, en el que, *sensu contrario*, se fomenta y premia la permanencia del trabajador en el mercado laboral, sino también, porque una buena parte de los recursos económicos que sostienen las prejubilaciones son recursos públicos, en tanto en cuanto los afectados acceden a prestaciones del Sistema, con el aumento del gasto que conlleva – principalmente, prestaciones y subsidios de desempleo de los trabajadores afectados, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el SEPE–. En este sentido, la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 fue especialmente ideada para devolver a las arcas del Estado el gasto que este asume por sostener a los trabajadores «despedidos», evitando, así, el traspaso de los costes de la prejubilación³³⁵. El resto de la financiación corre ya a cargo de las empresas, que mejoran las prestaciones de Seguridad Social a través de los «compromisos por pensiones», para mantener un nivel de ingresos similar al que el prejubilado tenía en activo³³⁶. Por el contrario, por lo que se refiere a empresas más pequeñas y económicamente más vulnerables, en ocasiones, auxiliares de las grandes, los trabajadores maduros se enfrentan, en lugar de a un

³³⁴ Artículo 51.11 ET y DA 16.ª Ley 27/2011, a cuyo tenor «1. Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, en los términos que se determinen reglamentariamente, siempre que en tales despidos colectivos concurren las siguientes circunstancias: a) Que sean realizados por empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. b) Que afecten, al menos, a 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados. c) Que, aún, concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal como se define en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo. d) Que los trabajadores de 50 o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo».

³³⁵ *In extenso, vid.*, acerca de la inclusión de la DA 16.ª, DE LA PUEBLA PINILLA, A., «La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la seguridad social y otras novedades de la Ley 27/2011 (el convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresa)», en VV. AA. (Dir.: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER DE UGUINA, J. R.), *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 327-348.

³³⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., «La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social...», *op. cit.*, pp. 695-718.

ventajoso plan de prejubilación negociado, a simples despidos objetivos por causas ETOP, sin recibir los citados complementos empresariales, pasando a percibir una prestación de desempleo y, en su caso, el correspondiente subsidio para mayores de 52 años, hasta su jubilación³³⁷. Siguiendo a Fernández Prieto, una opción idónea para que estos trabajadores no se vieran abocados a un paro prolongado, tal vez, definitivo, era recurrir a la jubilación parcial anticipada –en los términos señalados antes del endurecimiento de sus requisitos–, pues, el empresario podía conseguir los mismos efectos que los que se persiguen con la prejubilación, en el caso de que la finalidad fuese la renovación de plantillas y no la amortización de puestos de trabajo³³⁸.

Aunque las políticas de envejecimiento activo apuestan por la recuperación de esa fuerza de trabajo para el mercado laboral, la realidad es que, difícilmente, se producirá ese retorno. Los pactos de prejubilación y la regulación de la anticipación de la edad de jubilación están estrechamente relacionados, tanto, que, siguiendo a Cabeza Pereiro, las reformas más recientes «han cambiado de forma acelerada la fisonomía de los pactos de prejubilación para acomodarse a tales instrumentos»³³⁹. Por tanto, el soporte económico que va a tener que dispensar la Administración, con toda seguridad, será mucho más prolongada en el tiempo. Así, los prejubilados se «cobijan» bajo el manto del desempleo a la espera de que la jubilación les abra las puertas», una «perversión» del objetivo para el que fue creada la prestación, esto es, la protección de una situación de paro temporal y transitoria³⁴⁰. Por otro lado, la prejubilación está anudada a la jubilación anticipada³⁴¹, siendo más favorable para la «caja única» de la Seguridad Social que existan prejubilados con necesidad de jubilarse anticipadamente, cuyas pensiones de jubilación se verán recortadas en su cuantía si se comparan con las que les correspondería de haberse jubilado a la edad ordinaria³⁴².

La vulnerabilidad de los trabajadores de edad madura, más allá de la jubilación forzosa, también se refleja en prejubilaciones a edades muy tempranas, siendo presionados para que abandonen de manera definitiva el mercado de tra-

³³⁷ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Obligaciones empresariales en el contrato de relevo...», *op. cit.*, p. 61.

³³⁸ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «La jubilación parcial anticipada», en VV. AA. (Dir.: BORRAJO DÁCRUZ, E.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 277-294.

³³⁹ CABEZA PEREIRO, J., «Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente...», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, p. 1288.

³⁴⁰ LÓPEZ CUMBRE, L., «El tratamiento de las prejubilaciones...», *op. cit.*, pp. 455 ss.

³⁴¹ Artículo 207.1.d.) 1.ª LGSS.

³⁴² MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «La prejubilación: Aspectos jurídicos laborales y de Seguridad Social», en VV. AA. (Dir.: ALMARCHA BARBADO, A.), *Envejecimiento laboral y prejubilación: Dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad de Coruña, 2010, pp. 173-181.

bajo. En este sentido, estos trabajadores son los que más posibilidades tienen de ser incluidos en expedientes de regulación de empleo, ya que cuentan con una mayor protección social, lo que se convierte en un arma de doble filo³⁴³. Así, las ayudas para la reestructuración de plantillas son instrumentos de protección extraordinarios para amortiguar los efectos de esos ajustes y facilitar su aceptación por los trabajadores seleccionados³⁴⁴. La prejubilación, que nació como una medida coyuntural, se ha erigido en un elemento estructural, reguladora del mercado de trabajo, originando el cese anticipado y definitivo de la vida laboral activa de los trabajadores afectados³⁴⁵. Siguiendo a Martínez Barroso, en algunos casos, estos pactos resultan muy ventajosos para el trabajador, en otros, no tanto, pero, en todo caso, son siempre gravosos para el Estado. En este sentido, la autora sugiere que tal vez ha llegado el momento «de plantear un régimen común básico para todas las situaciones de prejubilación, en el que se integren todas las especificidades necesarias, pues, de lo contrario, seguirá proliferando un sistema inconexo, heterogéneo, contradictorio y con marcadas diferencias en la protección social de los trabajadores. El reconocimiento legal de esta contingencia y de su prestación reduciría el coste de estos procesos, toda vez que permitiría eludir alguno de los conflictos planteados ante los órganos judiciales, a la vez que su reconocimiento autónomo evitaría soluciones disfuncionales de la cobertura»³⁴⁶.

Finalmente, en relación con los acuerdos de jubilación, se ha ido construyendo un concepto generalizado, que considera a los trabajadores ya maduros, más aún si son mujeres, como excedente de mano de obra, objeto de extinción de la relación laboral voluntaria por medio de acuerdos de prejubilación. En este sentido, se cuestionan si se trata de modalidades de extinción de contrato voluntarias o si, más bien, en muchos casos, son el producto de ciertos prejuicios que estos trabajadores acaban aceptando como insuperables³⁴⁷.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL FUTURO DE LA JUBILACIÓN

La sucesión de fenómenos de gran calado y de distinta naturaleza que, sin solución de continuidad, han impactado de lleno en el Estado de bienestar hace

³⁴³ La STC 66/2015, de 13 de abril, declaró constitucional el hecho de que la edad sea el criterio fundamental para decidir qué trabajadores son afectados por-ERE. *Supra*, vid. Capítulo III, epígrafe 2.1.

³⁴⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia...», *op. cit.*, p. 30.

³⁴⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales...*, *op. cit.*, pp. 228 ss.

³⁴⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia...», *op. cit.*, p. 31.

³⁴⁷ CABEZA PEREIRO, J. y CARDONA RUBERT, M. B., «La discriminación por edad sobre las mujeres mayores...», *op. cit.*, pp. 30-39.

»difícil predecir las próximas reformas en materia de jubilación para garantizar la sostenibilidad y la suficiencia del sistema de pensiones. Así, en plena recuperación de la crisis económica, la pandemia generada por la enfermedad del COVID-19 desplegó sus efectos negativos sobre el empleo, cuyo impacto traumático y económico para los trabajadores se mitigó a través de los ERTES. En efecto, los parones productivos derivaron en una escasez de materias primas, agravada por la guerra de Ucrania, con el consiguiente desabastecimiento, lo que ha afectado a numerosas actividades económicas³⁴⁸. Por otra parte, las transformaciones tecnológicas, derivadas de los avances de la inteligencia artificial, siguen incidiendo en las estructuras productivas. Asimismo, hay que hacer frente a un reto humano muy distinto, el desafío demográfico que incrementará el número de personas mayores y el aumento del gasto en pensiones fruto de la jubilación de la generación del *baby-boom*. Y, finalmente, también hay que hacer referencia a la inflación, que impacta directamente en las pensiones.

La edad, sin duda, determina la vejez. No obstante, la relación entre ambos conceptos es incierta, variando en función de las cualidades físicas y psíquicas de cada persona y sus necesidades. Sin olvidar que la pensión de jubilación protege la contingencia de la vejez, la fijación de la edad de acceso a la prestación es la cuestión nuclear de la reforma de la institución, que debería tener en cuenta, además del número de años cotizados, cuestiones como la esperanza de vida, el nivel de empleo, el coste de las prestaciones, la deuda pública o la situación económica del momento³⁴⁹. El sistema público de pensiones en España es un sistema de reparto, basado, entre otros, en el principio de solidaridad intergeneracional, que implica que son los trabajadores en activo quienes sufragan con sus cotizaciones las prestaciones de las personas que están percibiendo en ese momento una pensión de jubilación. Por ello, la *ratio* trabajador/pensionista es fundamental para garantizar su sostenibilidad.

El Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020³⁵⁰ se refiere expresamente, en dos de sus recomendaciones, a la edad de jubilación y al sistema público de Seguridad Social. Así, por una parte, la recomendación 1, sobre la consolidación de la separación de fuentes y restablecimiento del equilibrio financiero, hace referencia a las cargas financieras impropias del sistema contributivo –como el tratamiento favorable en materia de cotización

³⁴⁸ TORTUERO PLAZA, J. L., «Retos y reformas en materia de pensiones...», *op. cit.*, pp. 189-223.

³⁴⁹ TORTUERO PLAZA, J. L., «La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales...», *op. cit.*, pp. 157-172.

³⁵⁰ «Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo», BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 175, de 10 de noviembre de 2020.

en algunos sistemas especiales, o regímenes, o las ayudas a sectores concretos a través del anticipo de la edad de jubilación— que deben de ser financiadas a través del sistema impositivo, que contrastan con la exigencia de cotizaciones adicionales que sirven para equilibrar y mantener el sistema, así como para compensar el esfuerzo del gasto de las pensiones anticipadas. Y, por otra, la recomendación 12, sobre edad de jubilación, propone que la edad real de salida efectiva del mercado laboral se aproxime a la edad de jubilación ordinaria legalmente establecida a través de incentivos que fomenten la permanencia en el empleo, así como la limitación del uso de la jubilación anticipada como fórmula de regulación del empleo³⁵¹.

Para enfrentar estos retos, el Componente 30 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia, que lleva por título «la sostenibilidad del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo³⁵²», ha integrado algunas de las recomendaciones del Informe. Así, para amortiguar el incremento del gasto derivado de la jubilación de la generación *baby-boom* y del alargamiento de la esperanza de vida, apela a los ajustes paramétricos para alinear la edad efectiva de jubilación a la edad legal. Siguiendo la recomendación 12, las medidas se basarán en el diseño de medidas para promover el retraso de la jubilación, carreras de cotización más amplias, mediante incentivos sociales, fiscales y laborales a la jubilación demorada, así como la corrección de los elementos distorsionantes de la jubilación anticipada. Con todo, paradójicamente, el Componente 30 no prevé ninguna inversión como «mecanismo de recuperación y resiliencia»³⁵³. Todo ello ha impulsado las reformas que se han visto plasmadas en la Ley 21/2021.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, introduce algunas reformas en el artículo 206 LGSS, en relación con la rebaja de la edad de jubilación de aquellos trabajadores con un desgaste físico superior por realizar su prestación laboral en condiciones de especial penosidad, peligrosidad o insalubridad y con elevados índices de morbilidad o mortalidad. Y para garantizar el equilibrio del Sistema, la Ley dispone repercutir un tipo de cotización adicional en la aportación que realizan a la Seguridad Social estos trabajadores, tal vez «para compensar cierta diferencia de trato en la edad de jubilación entre colectivos que realizan su actividad en condiciones más o menos equivalentes de penosi-

³⁵¹ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

³⁵² Accesible en <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf>

³⁵³ FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad...», *op. cit.*, pp. 127-162.

dad, pero que tienen reconocidos coeficientes diferentes o ni siquiera tienen, en algunos casos, reconocida la posibilidad de anticipar la jubilación por razón de la actividad»³⁵⁴. En este sentido, la disposición final segunda de la Ley encarga al Gobierno que adapte el marco regulador del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, en el plazo de tres meses, a partir del 1 de enero de 2022³⁵⁵, plazo que no se ha cumplido.

Las personas con discapacidad también son objeto de protección en la recomendación 18 del citado Informe, que alude a la reducción de la edad de jubilación de aquellos trabajadores que, en función de su grado de discapacidad, son susceptibles de una menor esperanza de vida. En este sentido, la reforma de la Ley 21/2021 no realiza ningún cambio sustancial en el nuevo artículo 206 bis) LGSS, que regula la jubilación a edad reducida de estos trabajadores. No obstante, la disposición adicional cuarta, de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, encarga al Gobierno la elaboración de un informe acerca la protección social de las personas con discapacidad, recogidas en la recomendación 18 que, a su vez, alude a aquellas que por su edad avanzada tienen más dificultades para obtener o mantener un empleo³⁵⁶. A partir de este informe, y en el plazo de tres meses adicionales, el Gobierno impulsará la reforma del marco normativo establecido en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía y en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis) LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%.

Como ya se ha advertido, la prolongación de la edad de jubilación y la promoción del envejecimiento activo para la sostenibilidad del sistema de pensiones se contraponen a la idea de la jubilación forzosa. Sin embargo, la posibilidad de establecer cláusulas en los convenios colectivos que permitan la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de una determinada edad, se ha mantenido en la disposición adicional décima de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, si bien con nuevos requisitos. Hay que resaltar dos ideas en torno a la jubilación forzosa. En primer lugar, la extinción convencional del contrato de trabajo puede ser la solución para evitar despidos por otras

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ DF 2.ª Ley 21/2021.

³⁵⁶ DA 4.ª Ley 21/2021.

vías –señaladamente, por ineptitud sobrevenida– del trabajador de edad avanzada. En este sentido, el empresario que es conocedor de la jubilación forzosa del trabajador en una fecha más o menos cercana, tal vez, no se plantee extinguir el contrato con el coste que le supone y, tal vez, prefiera esperar a su próxima jubilación³⁵⁷. Lo que, paradójicamente, implica hasta la edad de jubilación forzosa, mayor estabilidad en el empleo para el trabajador maduro. En segundo término, en lo que a prevención de riesgos se refiere, tal vez, se debería revisar la obligatoriedad de la jubilación en aquellas actividades en las que la superior condición física del trabajador es imprescindible para continuar en activo.

El vigente sistema de jubilación, con múltiples opciones, se puede calificar de flexible, pues, si se cumplen los requisitos, el trabajador maduro puede optar, si así lo desea, entre las distintas modalidades de jubilación. No obstante, este sistema debe de ser redefinido con base en las posibles combinaciones de los elementos que la conforman³⁵⁸: a) exclusivamente la edad; b) exclusivamente el número de años de cotización; c) la edad y el número exacto de años cotización; d) la edad y otros elementos sin tener en cuenta la cotización; e) la cotización y otros elementos, pero sin tener en cuenta la edad; f) la edad, una cotización mínima y otros elementos; g) otras posibles combinaciones. La autora considera que es indispensable, por un lado, su consolidación, ya que, en defecto de esta, se estará potenciando «la jubilación de ricos» frente a otra «jubilación de pobres». En este sentido, no es infrecuente que grandes multinacionales y entidades bancarias jubilen anticipadamente a trabajadores, recurriendo a prejubilaciones y aunando la protección privada con el sistema de protección público, ofreciendo jubilaciones prematuras y prolongadas en el tiempo. Las empresas socializan, así, sus posibles pérdidas con cargo a los contribuyentes. No obstante, cuando estas obtienen beneficios, se los reparten privadamente entre sus accionistas. Sin embargo, por otro lado, otras categorías de trabajadores, profesionales de sectores con salarios bajos –como, por ejemplo, el gremio de la hostelería–, con largas carreras de cotización y que empezaron a trabajar a edades muy tempranas, resultan abocados a la jubilación anticipada, lo que determina recortes en las cuantías de sus pensiones, ya escasas de por sí. En dicho sentido, debe remarcarse que la Ley 21/2021 ha reformado algunos aspectos de la jubilación anticipada, endureciendo, en con-

³⁵⁷ CABEZA PEREIRO, J., «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad...», *op. cit.*, pp. 63-86.

³⁵⁸ *Vid, in extenso*, LÓPEZ CUMBRE, L., «De la jubilación flexible a la flexibilidad de la jubilación», en VV. AA. (Asociación Española de Salud y Seguridad Social), *Los problemas del derecho a prestaciones*, Laborum, Murcia, 2005, pp. 15-142.

creto, los coeficientes reductores y su forma de aplicación. No obstante, también contempla un nuevo complemento. Así, la disposición adicional primera introduce un complemento económico para mejorar la cobertura de las pensiones de aquellos trabajadores que se jubilaron anticipadamente, en concreto, desde enero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2021, en unas condiciones que ahora se consideran poco equitativas, con carreras de cotización muy largas y prestaciones, sin embargo, de escasa cuantía –más de 44 años, o 40 años si su pensión es inferior a 900 euros–³⁵⁹. La introducción de esta mejora con carácter retroactivo es muy relevante desde la perspectiva de la solidaridad y la equidad del sistema y, por ello, debe valorarse positivamente.

El acceso a las pensiones es más difícil para las mujeres debido a carreras de cotización irregulares y más cortas, especialmente después de la primera maternidad. En este sentido, el RD-ley 3/2021, de 3 de febrero, ha implementado un complemento para reducir la brecha de género en el importe de las pensiones contributivas de las mujeres, modificando el artículo 60 LGSS³⁶⁰. Asimismo, tal vez, se debiera revisar el procedimiento de integración de lagunas de cotización para atender la realidad de las mujeres con carreras fragmentadas, complementando las herramientas ya contempladas por la LGSS: períodos de cotización asimilados por parto –artículo 235 LGSS–, por cuidado de hijos menores –artículo 236 LGSS–, así como prestación no económica por tiempo cotizado –artículo 237 LGSS–.

Aunque el futuro es incierto, se debería poder garantizar a los jóvenes trabajadores que, actualmente, sostienen el sistema, que el día de mañana puedan percibir una pensión de jubilación. No obstante, a medida que la esperanza de vida aumenta y la natalidad baja, el problema se agrava, siendo imprescindible actuar cuanto antes. La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha abordado la

³⁵⁹ DA 1.ª Ley 21/2021.

³⁶⁰ Hay que mencionar que este complemento fue instaurado por la Ley General de Presupuestos Generales del Estado para 2016. El objetivo inicial de dicho complemento era reforzar la contribución al sistema de Seguridad Social, reconociendo la aportación demográfica de las madres trabajadoras, reduciendo, asimismo, la brecha de género del sistema de pensiones. No obstante, los padres trabajadores también solicitaron dicho complemento por considerar que ellos también eran partícipes de esta aportación demográfica. Esto suscitó una gran controversia al denegar, el INSS, sistemáticamente, el complemento a los progenitores masculinos. El asunto llegó al Tribunal de Luxemburgo que, se pronunció en la STJUE de 12 de diciembre de 2019, entendiendo que «una norma nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación directa por razón de sexo y, por lo tanto, está prohibida por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social». Finalmente, el RD-ley 3/2021 de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, procedió a modificar el artículo 60 LGSS y regular el ahora llamado complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género.

reforma del mecanismo de revalorización de las pensiones de jubilación en función de la evolución del IPC anual, automáticamente. Si bien la garantía de las pensiones adecuadas y la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad es un mandato constitucional, *ex* artículo 50 CE, irrenunciable, la fórmula se antoja arriesgada a tenor de la actual situación financiera del sistema, los retos de sostenibilidad, la incipiente crisis económica, pandémica, y bélica, con grandes fluctuaciones del IPC que, en el caso de España ha crecido un 5,8% en 2022, superando el 10%³⁶¹. En efecto, el gasto en pensiones no previsto va a suponer un fuerte impacto en las arcas del Estado. Ni siquiera los salarios se incrementan en ese porcentaje. Tal vez, para prevenir este tipo de situaciones, hubiera sido más acertado establecer algún mecanismo de control o implementar elementos de ponderación que, de alguna manera, limiten el crecimiento de las pensiones³⁶².

Además de la sostenibilidad, no parece que este sistema de actualización de las pensiones sea muy justo para las pensiones más pequeñas. En efecto, la base de cálculo de la pensión se establece en función de las cotizaciones realizadas a la Seguridad Social por el beneficiario a lo largo su vida laboral activa y, sobre la pensión resultante, se aplica el incremento porcentual. Así, cuanto mayor es la pensión, mayor es la revalorización, lo que parece que no ayuda a mitigar la insuficiencia de las pensiones muy pequeñas, y plantea un problema de equidad. Siguiendo a Tortuero Plaza, se podría establecer un sistema más equitativo y buscar un término medio para la revalorización de las pensiones, en que el incremento porcentual medio del IPC se aplique a la pensión media del sistema, una cantidad fija, igual para todas las pensiones³⁶³.

La Ley 21/2021 también se ha ocupado de la derogación definitiva del factor de sostenibilidad que ha sido sustituido por el mecanismo de equidad intergeneracional, una salvaguarda exigida por Europa que consiste en una aportación finalista, de aplicación contingente y temporal, en principio, durante diez años, que supone el aumento de las cotizaciones a la Seguridad Social en un el 0,6% —el 0,5% corresponde a la aportación empresarial y el 0,1% a la aportación del trabajador—. Con todo, además del MEI, es indispensable garantizar la suficiencia de recursos por medio de fuentes de financiación adecuadas y estables³⁶⁴. El RD 65/2022, *ex* artículo 15, indica que la financiación de la revalorización de las pensiones se hará con cargo a los recursos de la Seguri-

³⁶¹ Datos accesibles en https://www.ine.es/prensa/ipc_tabla.htm

³⁶² TORTUERO PLAZA, J. L., «Retos y reformas en materia de pensiones...», *op. cit.*, p. 209.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ FERNÁNDEZ PROL, F. y VAQUERO GARCÍA, A., «Revalorización de pensiones y mantenimiento del poder adquisitivo...», *op. cit.*, pp. 75 ss.

dad Social. No obstante, el número de cotizantes desciende debido el crecimiento imparable del número de pensionistas, ante la incipiente incorporación de la generación *baby boom* al Sistema, el acusado descenso de la natalidad o las elevadas tasas de paro. Ante estas circunstancias es necesario precisar cómo se van a recaudar esos fondos, que puede cargar en exceso a las siguientes generaciones, bien por el mayor endeudamiento, bien por recurrir a restricciones, o bien porque haya que incrementar los tipos y bases de cotización, soportando estos, finalmente, la reducción de la tasa de sustitución ³⁶⁵.

Paralelamente, se pretende fomentar el ahorro privado a través de una novedosa propuesta como es el impulso de los planes de pensiones del sistema de empleo, mediante la creación de un fondo público de pensiones vinculadas al empleo, aunque de gestión privada, que complemente la pensión pública de jubilación. Así, esta necesidad de promocionar el modelo complementario pensiones, como segundo pilar del sistema, se pone de manifiesto en el Pacto de Toledo 2020, cuya recomendación 16 se dirige a «dotar de estabilidad al actual modelo de previsión social complementaria» e «impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo» dotados «de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado». Asimismo, la reforma 5.^a del componente 30, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, también recoge el compromiso de una «revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones», «debiendo a tal efecto aprobarse durante el segundo trimestre de 2022 un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la promoción pública de fondos de pensiones, permitiendo dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de pensiones de empleo en sus empresas o autónomos. Y, finalmente, en la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que, en su disposición adicional cuadragésima, persigue un nuevo impulso a los planes de pensiones de empleo a través de la promoción pública de fondos de pensiones de empleo, establece que, en el plazo máximo de doce meses, el Gobierno presentará un proyecto de ley sobre fondos de pensiones de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción. Fruto de todo ello, se ha aprobado la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real

³⁶⁵ FERNÁNDEZ PROL, F. y VAQUERO GARCÍA, A., «Revalorización de pensiones y mantenimiento del poder adquisitivo...», *op. cit.*, pp. 75 ss.

Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre³⁶⁶, orientada a reforzar la previsión social de carácter empresarial con la creación de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y de los planes simplificados.

El sistema de Seguridad Social es una de los pilares del Estado de Bienestar y para su sostenibilidad, además de nuevas formas de provisión de recursos económicos, es imprescindible la creación de empleo. Además, son necesarias medidas que, por una parte, pongan fin a la incertidumbre de las pensiones y que, por otra, permitan equilibrar el sistema de Seguridad Social. Aun no se conocen los efectos de la presente reforma, ni se ha implantado el mecanismo de equidad intergeneracional, pero, probablemente, no quede más remedio que implementar alguna otra fórmula que tenga en cuenta la esperanza de vida y, tal vez, incluso, elevar la edad de jubilación. La línea a seguir es reformista, para que el sistema no se vea abocado a una crisis de deuda, de consecuencias imprevisibles.

³⁶⁶ BOE núm. 157, de 1 de julio de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÍS DASILVA, M., «Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M. C., «Otras formas de compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo: la jubilación flexible y la jubilación activa», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- «La formación y el emprendimiento respuesta a las nuevas realidades económicas y sociales», *Labor and law issues*, vol. 2, 2016.
- ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estadios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en VV. AA. (Coords.: ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEJARRETA, F.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- «El concepto de jubilación flexible», *Temas Laborales*, núm. 66, 2002.
- «Política de empleo y protección por desempleo», en VV. AA. (Coord.: MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.), *Política de empleo y protección social*, URV, Barcelona, 1999.
- «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1980.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Edisofer, Madrid, 2013.
- ALONSO GARCIA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1975.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAHAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 26.ª edición, Civitas, Madrid, 2009.

- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «La jornada y su adaptabilidad a los requerimientos y necesidades de los trabajadores maduros: entre la decepción y la desesperanza», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017.
- «Las jubilaciones anticipadas y su evolución», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGGO, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- «Políticas pasivas y activas de empleo para las personas de edad avanzada», en VV. AA. (Dir.: MORALES ORTEGA), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, Madrid, 2016.
- ÁLVAREZ DEL CUBILLO, A., «La eficacia horizontal (con renglones torcidos) de la prohibición de discriminación por razón de edad: a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 19-4-2016 (Asunto C-441-14, *Dansk Industri vs. Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016.
- «El género como categoría y las categorías de género», *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010.
- «Las contraindicaciones en la determinación de la situación de necesidad a efectos del subsidio por desempleo», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2009.
- ALZAGA RUIZ, I. «El despido del trabajador por falta de adaptación a las modificaciones técnicas en su puesto de trabajo», *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011.
- *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Civitas, Navarra, 2009.
- «Vinculación de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo a objetivos coherentes de política de empleo», *Aranzadi Social*, núm. 1, 2007.
- APARICIO TOVAR, J., «Sobre la jubilación obligatoria establecida en convenio colectivo y la política de empleo como justificación de las diferencias de trato en función de la edad madura», en VV. AA. (Dires.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La Relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- «Discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Coords.: LOUSADA AROCHENA, J. F. y MOVILLA GARCÍA, M.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Comares, Granada, 1998.
- APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., «La ineptitud sobrevenida por razón de edad», en VV. AA. (Dir.: MERCADER UGUINA, J. R.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Lexnova, Valladolid, 2009.

- ARAGÓN REYES, M., «Artículo 1», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- ARETA MARTÍNEZ, M., «La eficacia del derecho de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad», *Documentación Laboral*, núm. 114, 2018.
- BALLESTER PASTOR, M. A., «Género, trabajo a tiempo parcial y sistema de Seguridad Social: una relación por construir», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ LÓPEZ, J.), *Derechos @ género*, Bomarzo, Valencia, 2019.
- *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «Del principio a los principios: la prohibición de discriminación laboral en la Unión Europea», en VV. AA. (Coord.: SALA FRANCO, T.), *Libro Homenaje al profesor Abdón Pedrajas Moreno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- «Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar», en VV. AA. (Coord.: BALLESTER PASTOR, M. A.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminación comunitario», VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de la seguridad social*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- «El tratamiento de la edad en el Derecho comunitario», en VV. AA. (Dir.: CAMAS RODA, F.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la Inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009.
- *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2007.
- *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BARRIOS BAUDOR, G. L. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., «La protección social en la Unión Europea: de la Constitución Europea al Tratado de Lisboa», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.
- BARRIOS BAUDOR, G. L. y DEL VALLE DE JOZ, J. L., *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2010.
- BASILE, S., «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en VV. AA. (Coords.: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PREDIERI, A.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1981.
- BAYLOS GRAU, A., «Constitución y Trabajo, Boletín 40 años de la Constitución», *Jueces y juezas para la democracia*, núm. 40, 2018.
- BENAVENTE TORRES, M. I., «Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español», en VV. AA. (Coord.: MOLINA NAVARRETE, C.), *Im-*

- pacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2019.
- BENGOCHEA GIL, M. A., *La lucha por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo*, Dykinson, Madrid, 2010.
- BLASCO LAHOZ, J. F., *Seguridad Social: Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- «El establecimiento de la nueva ayuda económica de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional (Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero)», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2011.
- *La reforma de la Seguridad Social. El pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- BLASCO PELLICER, A., «La jubilación forzosa en la negociación colectiva: (Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.^a ET)», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 1, 2002.
- BORRAJO DACRUZ, E., «Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible», *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2003.
- BRIONES GÓNZALEZ, M. C., *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1995.
- CABALLERO PÉREZ, M. J., «La jubilación en el trabajo autónomo», en VV. AA. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. y LÓPEZ CUMBRE L., Coord.: MALDONADO MOLINA, J. A. y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares, Granada, 2015.
- CABERO MORÁN, E., «Del factor de sostenibilidad de las pensiones al mecanismo de equidad intergeneracional», *Trabajo y Derecho*, núm. 87, 2022.
- CABEZA PEREIRO, J., «Trabajo de mayores y discriminación por edad», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2022.
- «Jubilación y envejecimiento activo», *Temas laborales*, núm. 163, 2022.
- «Los cambios en la extinción forzosa del contrato por edad: más adecuación, pero, tal vez, menor utilidad», *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021.
- «Estereotipos vinculados a la edad», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- «En cuanto al debate de las pensiones», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017.
- «Interpretación conforme, eficacia directa y otras técnicas al servicio de la primacía del Derecho de la Unión Europea en el entorno de una legislación laboral contradictoria con las Directivas de política social», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2017.

- CABEZA PEREIRO, J., «Disfunciones y retos del sistema nacional de empleo», en VV. AA. (Coord.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- «La aportación económica al tesoro público en caso de despidos colectivos de empresas con beneficios», *Justicia Laboral*, núm. 50, 2012.
- «Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad», en VV. AA. (Coords.: BALLESTER PASTOR, M. A.), *La Transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «Estado actual de la compatibilidad entre jubilación y trabajo en Europa», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- «Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- «Estrategia europea, Estado autonómico y política de empleo», en VV. AA. *Estrategia europea, Estado Autonómico y política de empleo. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2007.
- «Nuevos debates sobre el régimen jurídico de la jubilación forzosa tras la Ley 14/2005, de 1 de julio», *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2006.
- «Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos», en VV. AA. (Dir.: BORRAJO DACRUZ, E.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, F. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *Curso de igualdad y diversidad en las relaciones laborales* (Coord.: LOUSADA AROCHENA, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, Granada, 1999.
- CARDONA RUBERT, M. B., «Discriminación por edad y pobreza», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J., «Introducción. La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral. Los estereotipos en el empleo, la ocupación y las condiciones de trabajo», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe HelpAge España, 2022.
- «La discriminación por edad sobre las mujeres mayores», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 59, 2019.
- CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Políticas de empleo (I)», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B. y CABEZA PEREIRO, J., ALFONSO MELLADO, C. L.), *Políticas Socio-laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- CALVO GALLEGO, F. J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Megablum, Sevilla, 2002.
- CAMBEIRO RELOVA, L., «Prejubilación en ERE», en VV. AA. (Dirs.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La Relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- CANO GALÁN, Y., «La reforma de las pensiones: el nuevo marco legal de la jubilación», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 3, 2022.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MÁRQUEZ, A., *Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros*, en VV. AA. (Coord.: MERCADER UGUINA, J.), «Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social», Lex Nova, Valladolid, 2009.
- CASAS BAAMONDE, M. E., «Ilegalidad de las dobles escalas salariales basadas en un factor diferencial meramente temporal y derecho a la igualdad retributiva. Tiempo de contratación y edad, inexistencia de discriminación por edad. STS-SOC núm. 484/2019, de 24 de junio», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.
- CASAS BAAMONDE, M. E. y ÁNGEL QUIRÓGA, M., «Discriminación directa refleja por razón de sexo –denegación de licencia para atender a una familiar hospitalizada por parto–», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7, 2020.
- «Supuesta discriminación por razón de edad: jubilación forzosa de pilotos de aeronaves a los 60 años», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2019.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «Artículo 215. Jubilación parcial», en VV. AA. (Coord.: SEMPERE NAVARRO, A. V., BARRIOS BAUDOR, G. y CAVAS MARTÍNEZ, F.), *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- CEBADA ROMERO, A., «Las personas de edad en el Derecho Internacional: hacia una convención de la ONU sobre los derechos de las personas de edad», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Navarra, 2019.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M., «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 50-51, 2005.
- CHABANNES, M., «Trabajadores maduros y prevención de riesgos laborales. Un análisis desde la negociación colectiva», *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, núm. 44, 2020.
- CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 3, 2007.
- CORDERO GORDILLO, V., «Discriminación por asociación con una persona con discapacidad», *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.
- CORREA CARRASCO, M., «El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo», en VV. AA. (Coord.: CORREA CARRASCO, M.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006.

- CRUZ VILLALÓN, J., «Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía», *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.
- «Igualdad y no discriminación», en AA. VV. (Coords.: RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y ELORZA GUERRERO, F.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2001.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El valor de posición de la Carta de Derechos Fundamentales en la comunión constitucional europea», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, UNED, 2017.
- DE LA CASA QUESADA, S., «¿Para cuándo una real y efectiva política de empleo?: Reflexiones a la luz de la nueva Estrategia Española de Empleo 2014-2016», *Revista del Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, núm. 381, 2014.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., «La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la seguridad social y otras novedades de la Ley 27/2011 (el convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresa)», en VV. AA. (Dir.: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER DE UGUINA, J. R.), *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- DE LA VILLA GIL, L. E., «La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo en la construcción del ordenamiento laboral español», *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta Estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus cincuenta años de dedicación universitaria* (Dir.: PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.), CEF, Madrid, 2006, pp. 123-136.
- DEL VALLE, J. M. y LÓPEZ AHUMADA, J. E., «Innovación tecnológica y contrato de trabajo. Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo por motivos tecnológicos», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2008.
- DESBARATS, I. y ESTEBAN LEGARRETA, R., «Incentivos y medidas contractuales para el fomento del empleo de trabajadores maduros. Propuestas de mejora desde la experiencia francesa», *Iuslabor*, núm. 3, 2016.
- DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A., «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas: entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 1, 2002.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales. Estudios y Comentarios Legislativos*, Thomsom Router, Cizur Menor, 2008.
- EDREIRA, M. J., «Fenomenología del acoso», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 36, 2003.
- ELORZA GUERRERO, F., «La jubilación a edad ordinaria reducida de los pilotos de líneas aéreas desde la perspectiva de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social en España», *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 22, 2016.
- «La negociación colectiva: Análisis de situación», en VV. AA. (ELORZA GUERRERO, F. y FERNÁNDEZ ROCA, F. J.), *El mantenimiento del empleo en los trabajadores de edad avanzada en Andalucía*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- ESTEBAN LEGARRETA, R., «El deber empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público por el despido de trabajadores de 50 o más años mediando beneficios. Un análisis de datos y finalidades», *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 12, 2015.
- *La Renta Activa de Inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C. «El tratamiento de género y la no discriminación en el empleo. Balance de situación», en VV. AA. (Coord.: ESCUDERO RODRIGUEZ, R. J.), *La negociación colectiva en España: Un enfoque multidisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008.
- FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- FERNÁNDEZ CAVEDA, A., «El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos», *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, núm. 298, 2008.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B., «Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria», *Temas Laborales*, núm. 163, 2022.
- «La salud del trabajador como causa de discriminación laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2104.
- «Funciones y disfunciones de la política nacional de empleo», en AA. VV. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.), *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, A., «Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años», en VV. AA. (Coords.: MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.), *Los trabajadores maduros. Entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- FERNÁNDEZ GALIÑO M. D. y LOUSADA AROCHENA, J. F., «Marco Normativo de la discriminación por mayor edad en el empleo y la ocupación: Estado de la cuestión y líneas de progreso», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe HelpAge España, 2022.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La igualdad real», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 139-147.
- «Jubilación Parcial y reparto de trabajo. Análisis de la regulación española dentro del ámbito europeo», *Revista de Seguridad Social*, núm. 26, 1985.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, J., «El tratamiento internacional comunitario del empleo de las personas de edad avanzada: entre la prohibición de discriminación y el envejecimiento activo», en AA. VV. (Dir.: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, J.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «El programa de activación para el empleo 2015-2016 y otras cuestiones contenidas en el Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 383, 2015.
- «Supuestos especiales de jubilación (anticipada, parcial, flexible y postergada), en VV. AA. (Coord.: BARRIOS BAUDOR, G. L., SEMPERE NAVARRO, A. V.), *Pensiones por jubilación o Vejez*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Jubilación anticipada por razón de actividad y en caso de discapacidad», *Temas Laborales*, núm. 163, 2022.
- «Obligaciones empresariales en el contrato de relevo», *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015.
- «La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género», *Temas Laborales*, núm. 98, 2009.
- «Jubilaciones con edad reducida por Real Decreto», en AA. VV. (Coord.: CAMAS RODAS, F.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009.
- «La jubilación anticipada voluntaria. En particular la jubilación por mantenimiento de derechos adquiridos y el complemento a mínimos», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- «Políticas de fomento del empleo, estrategia de prolongación de la vida activa y discriminación», en VV. AA., *Estrategia europea, Estado Autonómico y política de empleo. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2007.
- «La jubilación parcial anticipada», en VV. AA. (Dir.: BORRAJO DACRUZ, E.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ PROL, F., «Europa 2020: apuntes desde una óptica de género», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Bomarzo, Albacete, 2012.
- «Retorno al mercado laboral tras la jubilación. Especial referencia a la denominada jubilación flexible», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La Relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- FERNÁNDEZ PROL, F. y VAQUERO GARCÍA, A., «Revalorización de pensiones y mantenimiento del poder adquisitivo. Análisis en clave jurídica y económica», *Temas Laborales*, núm. 163, 2022.
- FERNÁNDEZ PROL, F., FERNÁNDEZ, DOCAMPO, M. B. y LOUSADA AROCHENA, J. F., «Políticas de empleo (IV): Políticas destinadas a colectivos especiales», en AA. VV. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y ALFONSO MELLADO, C. L.), *Políticas Socio-laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- FERRANDO GARCÍA, M. F., «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 428, 2018.
- «La jubilación parcial: una institución compleja sin foto fija, en continua transición», en VV. AA. (Coord.: GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, S.), *La reforma de la pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FITA ORTEGA, F., «La tutela del derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- «Políticas de empleo y edad» en VV. AA. (Coords: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- FOLGOSO OLMO, A., «Inexistencia de causa de discriminación en la exclusión de trabajadores mayores de 50 años en el ámbito de aplicación de un despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 872/2017, de 14 de noviembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 425-426, 2018.
- GALA DURÁN, C., «Pensiones. Las novedades del Proyecto de Ley de Reforma de Pensiones de 2021. Jubilación», *Aranzadi*, núm. 11, 2021, BIB 2021/5212. «Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación», en AA. VV. (AESS), *La protección por desempleo en España*, Laborum, Murcia, 2015.
- GÁLVEZ LINARES, B. y DÍAZ SÁNCHEZ DE LA NIETA, B., «La sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social», *Revista Española de Control Externo*, vol. XXIII, núm. 67, 2021.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M., «Trabajadores de edad avanzada y políticas de mercado de trabajo: retos estratégicos, contumaces realidades», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 409, 2017.
- GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Ieal, Madrid, 1982.
- GARCÍA MUÑOZ, M., «Compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación», en VV. AA. (Coord.: CRUZ VILLALÓN, J., GÓMEZ MUÑOZ, J. M. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.), *Los grandes debates actuales en el Derecho de Trabajo y Protección Social. Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel*, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, Conserjería de Empleo, Empresa y Comercio, Sevilla, 2016.
- GARCÍA NINET J. I. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., «Estado de salud y factores de riesgo en los trabajadores de mayor edad», *Confederación Española de Organizaciones Empresariales*, 2015.
- GARCÍA ORTEGA, J., «Pensión de jubilación y no discriminación por edad», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur menor, 2019.

- GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., «La Discriminación múltiple en el derecho de la Unión», *Revista de Derecho Europeo*, núm. 45, 2013.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., «Los trabajadores de más de 45 años en la crisis del mercado de trabajo», *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2014, ref. BIB 2014/4097, base de datos Aranzadi.
- GOERLICH PESET, J. M., «El ingreso del trabajador en la empresa», en VV. AA. (Dir.: GOERLICH PESET, J. M.), *Manual de Derecho del Trabajo I*, 7.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GÓMEZ TORRES, M. J., «Inclusión social y personas de edad avanzada», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGU, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTES, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S., *Introducción al derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Las edades de jubilación», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- «Seguridad Social año 2002: balance general de unas reformas en curso», *Temas Laborales*, núm. 66, 2002.
- «La discriminación por razón de edad», *Temas laborales*, núm. 59, 2001.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., «La jubilación forzosa de los trabajadores y sus derechos de ciudadanía», *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2003.
- GOÑI SEIN, J. L., y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La extinción del contrato y las personas de edad avanzada: las causas objetivas», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGU, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- GRANADO ROMERA, M. I., «Trabajadores de edad avanzada y protección por desempleo ante una política de envejecimiento activo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 441, 2019.
- GUERRERO PADRÓN, T., «Jurisprudencia comunitaria sobre diferencias de trato por razón de edad», *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014.
- GUTIERREZ COLOMINAS, D., «Las medidas de mantenimiento del empleo de las personas de edad en la negociación colectiva (2012-2016)», en *El impacto de la normativa en el empleo de las personas de edad. Evaluación y propuestas de mejora*, *Documentación Laboral*, núm. 112 (Extraordinario), vol. IV, Cinca, 2017.

- LAMA AYMÀ, A., «Discriminación múltiple», *Anuario de Derecho Constitucional*, tomo LXVI, 2013.
- LANDA ZAPIRAÍN, J. P., «Ética empresarial y responsabilidad social corporativa», en AA. VV. (Dir.: GOÑI SEIN, J. L.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011.
- LOI, P., «El principio de razonabilidad en la discriminación por edad», en VV. AA. (Dir.: MERCADER UGUINA J. R.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- LÓPEZ ANIORTE, C., «Hacia el envejecimiento activo: un análisis del nuevo régimen de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014.
- LÓPEZ BALAGUER, M., «La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual», *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, núm. 2, vol. 5, 2015.
- *Jubilación parcial en el Contrato de Trabajo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LÓPEZ CABALLERO, A., *Reestructuraciones socialmente responsables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LÓPEZ CUMBRE, L., «Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional», *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021.
- «Doble escala salarial. No supone discriminación por edad», *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 1, 2019.
- «Estrategia Española para la Activación del Empleo», *Análisis*, enero, 2018.
- «El tratamiento de las prejubilaciones», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- «La posibilidad de adelantar la jubilación tras la reforma de 2011», *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.
- «Discriminación por razón de edad», en AA. VV. (Coord.: ZUFIAUR, J. M.), *Los retos de la igualdad en el trabajo*, Ministerio de Trabajo e Inmigración-Fundación F. Largo Caballero, Madrid, 2009.
- «La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social», en AA. VV. (Coord.: MONEREO PÉREZ, J. L y MOLINA NAVARRETE, C.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008.
- «De la jubilación flexible a la flexibilidad de la jubilación», en VV. AA. (Asociación Española de Salud y Seguridad Social), *Los problemas del derecho a prestaciones*, Laborum, Murcia, 2005.

- LÓPEZ CUMBRE, L., «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la comunicación de la comisión de 3 de marzo de 2004», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 52, 2004.
- «La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios-de la Villa», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho social internacional y comunitario*, núm. 102, 2003.
 - «Las prejubilaciones», en AA. VV. (Coord.: MILLAN GARCÍA, A.), *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios. Instituto Nacional de la Seguridad Social. 25 aniversario*, INSS, Madrid, 2003.
 - «Jubilación flexible en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número monográfico sobre jubilación flexible, 2002.
 - *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.
 - «Contrato de relevo y distribución del tiempo de trabajo. La jubilación al servicio del reparto del empleo», *Tribunal Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 85, 1998.
- LÓPEZ GANDÍA, J., «Del factor de sostenibilidad al mecanismo de equidad intergeneracional», *Revista de Derecho Social*, núm. 96, 2021.
- «Las políticas pasivas: protección por desempleo», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y ALFONSO MELLADO, C. L.), *Políticas Socio-laborales*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014.
 - *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, Bomarzo, Albacete, 2013.
 - «Las prestaciones por desempleo y las rentas de inserción» en VV. AA. (Coord.: CARDONA RUBERT, M. B.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., «Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.
- «Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de Igualdad de género», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, núm. 2, 2019.
 - «Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018.
 - «Discriminación por edad: conceptos generales», en VV. AA. (Coords.: CABEZA PEREIRO, J., CARDONA RUBERT, M. B. y FLORES GIMÉNEZ, F.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
 - *El derecho fundamental a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
 - «La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria. (A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009)», *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009.
 - «La jurisprudencia constitucional sobre la prueba de la discriminación y de la lesión de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, núm. 30, 2005.

- LOZANO ANTÓN, R. A., «Permanencia, preferencia y otros derechos a favor de los trabajadores maduros en la relación laboral», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017.
- MALDONADO MOLINA, J. A., «Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, 147, 2022.
- «Trabajadores maduros y pensionistas productivos», en VV. AA. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- «La jubilación a edades reducidas por la actividad o discapacidad», en VV. AA. (Dir. y Coord.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *La edad de la jubilación*, Comares, Granada, 2011.
- «La edad de jubilación, retiro y vejez», en AA. VV. (Dir. y Coord.: MONEREO PÉREZ, J. L., y MALDONADO MOLINA, J. A.), *La edad de jubilación*, Comares, Granada, 2011.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias», *Revista del Trabajo y de la Seguridad Social*, CEF, núm. 463, 2021.
- *La discriminación por asociación. Desafíos sustantivos y procesales desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- «La aplicación de la Directiva 2000/78 por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016.
- «La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2006.
- MARTÍN PUEBLA, E., «La jubilación anticipada como instrumento de Política de Empleo y su recepción por la negociación colectiva», *Derecho Laboral*, núm. 29, 1989.
- MARTÍN DE LA PUEBLA. E. y SASTRE IBARRECHE, R., *Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador*, Tecnos, Madrid, 1991.
- MARTÍN VALVERDE, A., «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española», en VV. AA., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 30.^a edición, Tecnos, Madrid, 2021.
- MARTÍNEZ BARROSO, M. R., «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la eficiencia y la discriminación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 430, 2019.
- «Las políticas activas de empleo», en VV. AA. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- *Influencia de la edad en las relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- «El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones», *Temas Laborales*, núm. 103, 2010.
- «Prolongación de la vida laboral y envejecimiento activo de la Estrategia Europea de empleo», en AA. VV., *Los mercados laborales y las políticas sociales en Europa*, XX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2009.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., «La prejubilación: Aspectos jurídicos laborales y de Seguridad Social», en VV. AA. (Dir.: ALMARCHA BARBADO, A.), *Envejecimiento laboral y prejubilación: Dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidad de Coruña, 2010.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, R., «Jubilación parcial y acumulación de jornada», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2015.
- MARTÍNEZ MATEO, C. J., «La jubilación de los trabajadores con discapacidad», AA. VV. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, A., MÁRQUEZ PRIETO, F., VILA TIerno J. A. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Protección jurídico social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, Murcia, 2020.
- MARTÍNEZ QUES, A. A., *Ageismo y derechos humanos en el contexto sanitario*, Tesis doctoral, 2015.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M., «Segregación ocupacional por razón de género en el sector de la pesca», *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 1 Extraordinario, 2019.
- «La dimensión social de la Unión Europea en el actual proceso de integración», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016.
- «La coordinación de las políticas sociales y de empleo en el vórtice de la gobernanza económica europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, 2015.
- «La coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 92, 2011.
- MARTÍNEZ-BOTELLO, P., «Acerca del endurecimiento en el acceso a la jubilación parcial anticipada: de aquellos barroos estos lodos», *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2015.

- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A., «La jubilación ordinaria del trabajador maduro: el difícil punto medio entre lo transitorio y lo extraordinario», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- «Edad máxima para acceder a un empleo y su posible carácter de condición laboral injusta», en VV. AA. (Dir.: MORALES ORTEGA, J. M.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, Murcia, 2016.
- «La jubilación forzosa en perspectiva favorable», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGU, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., Coord.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- MATIA PORTILLA, F. J., «De la aplicabilidad de la directiva a su simple eficacia», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 16, 1997.
- Matorras Díaz-Caneja, A. y LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., *Trabajadores especialmente sensibles: concepto y obligaciones empresariales en materia preventiva*, Confederación Española de Organizaciones Empresariales, 2016.
- MELLA MÉNDEZ, L., «El acoso moral en España y su impugnación», *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 4, 2013.
- *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- «Consideraciones sobre el contrato de relevo», *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1998.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La batalla entre el ser y el deber ser en la aplicación horizontal del principio de igualdad. A propósito de la problemática indemnización de los interinos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, 2017.
- «El efecto horizontal de la Directiva 2000/78/CE (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)», *La Ley Unión Europea*, núm. 38, La Ley, 2016.
- «La edad máxima como límite para el acceso a la función pública», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 13, Aranzadi, 2005.
- MERCADER UGUINA, J. R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- «Bases para la construcción del juicio de discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Dir.: MERCADER UGUINA, J. R.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión en el ámbito social*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- «Principio de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)», *Estudios de I+D+I*, núm. 46, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2009.

- MERCADER DE UGUINA J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi social*, núm. 14, 2002.
- MERINO SEGOVIA, A., «Las discriminaciones más comunes de las personas mayores en el trabajo», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe HelpAge España, 2022.
- MIÑARRO YANINI, M., «La jubilación a edad reducida», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- MIRANDA BOTO, J. M., «Contrato de Trabajo y edad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Una tendencia pujante», en VV. AA. (Dir.: BORRAJO DACRUZ, E.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro», *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.
- MOLERO MANGLANO, C., «Régimen jurídico de los planes de prejubilación», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1994.
- MOLL NOGUERA, R., «La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas: cuestiones procesales y sustantivas a raíz de la STSJ C. Valenciana de 20/12/2018 (Rec., 3174/2018)», *Labos*, vol. 1, núm. 2., 2022.
- MONEREO PÉREZ, J. L., «El principio de igualdad en el despido objetivo por ineptitud, enfermedad o discapacidad y los trabajadores maduros», en VV. AA. (MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- «La renta de subsistencia. En especial, la renta de inserción como derecho social», en VV. AA. (Coord.: BAYLOS GRAU, A. P., CABEZA PEREIRO, J., CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, La Ley, 2015.
- «Desempleo de larga duración y medidas activas de “empleabilidad” e inserción laboral», *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, 17.^a edición, Tecnos, Madrid, 2021.
- MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, «Política de empleo y sistema de relaciones laborales: la autonomía colectiva como fuente del Derecho del Empleo», *Revista de Trabajo*, núm. 10, 2001.
- MONTES BERGES, B., «Discriminación, prejuicio, estereotipos: conceptos fundamentales, historia de su estudio y el sexismo como nueva forma de prejuicio», *Iniciación a la investigación*, núm. 3, Universidad de Jaén, 2008.

- MONTOYA MELGAR, A., «El trabajo en la Constitución: (la experiencia española en el marco iberoamericano)», en VV. AA. (Coord.: MONTOYA MELGAR, A.), *El trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- «El trabajo en la Constitución» en VV. AA. (Coord.: MARTÍN JIMENEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A. V.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2003.
- MORALES ORTEGA, J. M., «Percepciones económicas de los trabajadores maduros: una especial atención a la más reciente negociación colectiva», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017.
- «Autoempleo y emprendimiento: ¿una salida del desempleo y/o un instrumento de prolongación de la vida activa para las personas maduras?», en VV. AA. (Dir.: MORALES ORTEGA, J. M.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, 2016.
- MORENO DE LA VEGA y LOMO, F., «Jubilación y edad: reflexiones actualizadas», *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de Salud y Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2018.
- MORENO GENÉ, J., «La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida “definitiva” de su empleo hasta la jubilación», en VV. AA. (Coords.: MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, A. M.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «La protección por desempleo de los trabajadores maduros como mecanismo de transición hacia la jubilación», en AA. VV. (Dirs.: MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.), *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, A. M., *Nuevo régimen jurídico renta activa de inserción (A propósito del RD 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- MORENO ROMERO, F., «La jubilación parcial como forma de compatibilidad de la pensión con el trabajo», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. A.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- MUÑOZ NIETO SANDOVAL, M., TORRES LACALLE, M. C., GÓMEZ-CANO ALFARO, M. y MARQUÉS MARQUÉS, F., «Gestión de la edad en la empresa: buenas prácticas con trabajadores mayores», *Seguridad y Salud en el trabajo*, núm. 77, 2014.
- NAVARRO NIETO, F., *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2000.

- NOGUEIRA GUASTAVINO, M. «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente», *Relaciones Laborales*, núm. 25, 2012.
- «El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales recientes: Perspectiva constitucional reciente», *Lan Herremanak, Revista de Relaciones Laborales*, núm. 25, 2012.
- «La Progresiva Política Social de la Unión Europea» en VV. AA. (Dir.: NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M.), *Leciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- «Artículo 35», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- «Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- OJEDA AVILÉS, A., «La dimensión comunitaria de la jubilación», en AA. VV. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- OLARTE ENCABO, S., «Brecha digital, discriminación, pobreza y exclusión social», *Temas Laborales*, núm. 138, 2017.
- «Edad y ocupación. Colectivos desfavorecidos», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de la seguridad social*, Thompson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- OLMO GASCÓN, A. M., «Extinción contractual por convenio alcanzada la edad pensionable no discriminatoria por edad», *Revista de Derecho Social*, núm. 54, 2011.
- Olmos Parés, M. I., «El relevo generacional y la discriminación por razón de edad en la extinción del contrato de trabajo a propósito de la sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021», *Revista General de Derecho Social*, núm. 2021.
- OLMOS RUEDA, P., SANAHUJA GAVALDÁ, J. M. y PÉREZ AMOROS, F., «La formación como medida de retención y reincorporación en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad y su contribución a las políticas de envejecimiento activo», en *El impacto de la normativa en el empleo de las personas de edad. Evaluación y propuestas de mejora. Documentación Laboral*, núm. 112 (extraordinario), vol. IV, Cinca, Madrid, 2017.
- ORDÓÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo*, Laborum, Murcia, 2019.
- «Trabajadores maduros y contratación: una particular referencia al contrato de generaciones, al contrato de relevo y a la jubilación flexible», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum, Murcia, 2017.

- ORTÍZ GONZÁLEZ-CONDE, F. M., «La pensión de jubilación de las personas con discapacidad», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., «La protección de la seguridad y salud de los trabajadores de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida», *Derecho Laboral*, núm. 112, 2017.
- PERELLÓ DOMÉNECH, I., «El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional», *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997.
- PERÉZ AMORÓS, F., «Paro, empleo y jubilación de los trabajadores de edad en España: ¿un trabajo decente?», *Revista Técnico Laboral*, núm. 37, 2015.
- PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILLA, E., «La garantía de empleo de las personas de edad. Su concreción en el ámbito internacional y en la Unión Europea», *Anuario IET*, vol. 3, 2016.
- PÉREZ CAMPOS, A. I., «Discriminación por asociación», en VV. AA. (Dir.: SÁNCHEZ TRIGUERO, C.), *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre hombres y mujeres*, Colección de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social, Imprenta nacional de la Agencia Estatal del BOE, Madrid, 2018.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales», *Tribunal Social*, núm. 178, 2005.
- PÉREZ DE PRADO, D., «La reforma del régimen de financiación de la Seguridad Social ¿Cambio de rumbo de la sostenibilidad de las pensiones?», *Temas Laborales*, núm. 163, 2022.
- «La reforma de la protección por desempleo», en AA. VV. (Dir.: GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER DE UGUINA, J. R.), *Las reformas laborales y de la Seguridad Social. De la Ley 11/2013, de 26 de julio al Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero*, Lex Nova Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- «Los planes extraordinarios de empleo y crisis económica. Entre la necesidad y la reconstrucción de las políticas pasivas de empleo en España», en VV. AA. (Coord.: CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PROL, F.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- PÉREZ DEL RÍO, T., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y DEL REY GUANTER, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), Madrid, 1993.
- PÉREZ GUERRERO, M. L., «La estrategia 55 y más y los incentivos a la prolongación de la vida laboral», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGOS, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., COORD.: ÁLVAREZ CORTES, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- «La Estrategia 55 y más y los incentivos a la prolongación de la vida laboral», en AA. VV. (Dir.: CALVO GALLEGOS, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., COORD.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.

- POQUET CATALÁ, R., «La falta de adaptación como causa de despido objetivo tras la reforma de 2012», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2014.
- POYATOS MATAS, G., «Despido de la trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación por asociación. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 441, 2019.
- PUMAR BELTRÁN, N., *Política activa de empleo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., «La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011.
- REQUENA CASANOVA, M., «Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto *Wolf* a la sentencia del TJUE Vital Pérez», *Revista General del Derecho Europeo*, núm. 38, enero, 2016.
- «La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la Jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 31, 2013.
- «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, Madrid, 2011.
- REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008.
- RIVAS VALLEJO, P., «Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación», *Jornadas sobre El dret del treball en el segle XXI*, Palma de Mallorca, 2009.
- ROBLES CARRILLO, M., «El concepto de acoso en el Derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europea*, núm. 49, Madrid, 2014.
- «El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa», *Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A., *Igualdad tributaria y tutela constitucional. Un estudio de jurisprudencia*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. y PÉREZ DEL PRADO, D., «Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica», Fundación para el Diálogo Social, 2017.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G., «La jubilación anticipada», en VV. AA. (Dir.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- RODRÍGUEZ PASTOR, G., «Renta activa de inserción y programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo», en VV. AA. (Dir.: ROQUETA BUJ, R. y Coord.: RODRÍGUEZ PASTOR, G.), *Crisis económica y medidas antes el desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Los contornos de la discriminación», *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, núm. 5, 2022.
- «Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017.
- «Interpretación conforme y efecto exclusión de las Directivas Laborales en la Unión Europea», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2016.
- «Discriminación múltiple», *Diario La Ley*, núm. 8751, 2015.
- «Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario», en VV. AA. (Coords.: BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J. M.), *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010.
- «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008.
- «De Maastricht a Ámsterdam: derechos sociales y empleo», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998.
- «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la mujer trabajadora», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1991.
- «Principio de igualdad y derecho del trabajo», en VV. AA., *El principio de igualdad en la Constitución Española, XI Jornadas de estudio*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.
- «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el artículo 119 del Tratado de Roma», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1986.
- «La Carta Social Europea y su puesta en práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 5, núm. 1, 1978.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», en VV. AA. (Dir.: CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., «La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Entre el mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGOS, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., COORD.: ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- «El II Acuerdo para el empleo y la negociación Colectiva», *Temas Laborales*, núm. 115, 2012.
- ROJO TORRECILLA, E., «¿Asalariado o autónomo? Sobre el impacto de las políticas económicas y de empleo en la vida laboral de los trabajadores de edad madura», Comunicación presentada al Congreso Nacional de la AEDTSS, 2016.

- ROJO TORRECILLA, E., «El derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas de edad avanzada», Ponencia curso de verano UIMP, Santander, 2016.
- ROLDAN MARTÍNEZ, A., «La protección por desempleo como palanca hacia el emprendimiento», en VV. AA. *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015.
- SAÉZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994.
- SALCEDO BELTRÁN, M. C., «Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 22, 2013.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FOLGOSO OLMO, A., «Extensión de la doctrina de la discriminación por asociación a otros derechos fundamentales», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6, 2019.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Edad de jubilación y política de envejecimiento activo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 94, 2011.
- «Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 33, 2001.
- SANGUINETI RAYMOND, W., «La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?», *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019.
- SARAGOSSÀ SARAGOSSÀ, J. V., «Comentarios a la renta activa de inserción», en VV. AA. (Dir.: ROQUETA BUJ, R. y Coord.: TATAY PUCHADES, C.), *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Lex Nova Thomsom Reuters, Cizur Menor, 2015.
- SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Valladolid, 1996.
- SELMA PENALVA, A., «Aspectos prácticos, perspectivas de futuro y cuestiones controvertidas de la Renta Activa de Inserción», *Información laboral*, núm. 9, 2016.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., «El factor de sostenibilidad del sistema», en AA. VV. (Dir.: SEMPERE NAVARRO y FERNÁNDEZ ORRICO), *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- «La Jubilación Contributiva», en VV. AA. (Coord.: LÓPEZ CUMBRE, L.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- SEMPERE NAVARRO, A. y QUINTANILLA NAVARRO, Y., *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, CES, Madrid, 2010.
- SERRANO ARGUELLO, N., «La discriminación por razón de edad: Un instrumento consentido para expulsar del mundo laboral a los trabajadores de más edad», en VV. AA. (Dir.: ESCUDERO PRIETO, A., y Coord.: ALONSO BRAVO, M.), *Los nuevos perfiles del Estado Social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Reus, Madrid, 2017.

- SERRANO ARGUELLO, N., «La edad como factor de discriminación en el empleo», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 12, 2011.
- SERRANO FALCÓN, C., «Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la industria 4.0», en VV. AA. (Dir.: MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, Granada, 2019.
- SERRANO GONZÁLEZ, A., «El principio de igualdad ante la ley en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en VV. AA. (Dir. MARTÍN RETORTILLO, L.), *De la Jurisprudencia del TC: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, Fernando el Católico, España, 1985.
- SERRANO OLIVARES, R., *El Acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005.
- SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL: Informe del Mercado de Trabajo de los mayores de 45 años. Estatal. Datos 2020, SEPE, Madrid, 2021.
- SOLÁ MONELLS, X., «La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: El obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la Jurisprudencia interna», *Documentos laborales*, vol. 4, núm. 112, 2017.
- SPINA CARRERA, M., «La jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.
- TAPIA HERMIDA, A., «La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 326, 2010.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2011.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N., «Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo», *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, Universidad de Alcalá, 2013.
- TOMEI, M., «Análisis de los conceptos de discriminación e igualdad en el trabajo», *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 122, núm. 4, 2003.
- TORTUERO PLAZA, J. L., «Retos y reformas en materia de pensiones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 467, 2021.
- *La reforma de la jubilación. (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- «La reforma de la jubilación. Políticas de pensiones y políticas de empleo», *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2009.
- «La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales», en VV. AA. (Dir.: CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M. A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- «La jubilación forzosa en las políticas de empleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33, 2001.

- TOSCANI GIMÉNEZ, D., «La reforma de la edad ordinaria de jubilación en la Ley 11/2007», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2011.
- «Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencia tiene el no superarlo», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2012.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., «La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de reinserción y derecho antidiscriminatorio» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VALDÉS DAL-RE, «La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos. El laberinto de la desregularización», *Relaciones laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 1, 1999.
- VALLE MUÑOZ, F. A., «Protección por jubilación y envejecimiento activo de los trabajadores de edad avanzada», en VV. AA. (Coord.: MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VALVERDE ASENSIO, A. J., «Modalidades contractuales e integración o conservación de la relación de personas de edad avanzada», en VV. AA. (Dir.: CALVO GALLEGO, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.), *Personas de edad avanzada y mercado de Trabajo*, Tirant Humanidades, Valencia, 2016.
- «La calificación de los efectos del pacto de prejubilación en supuestos de regulación de empleo», *Temas Laborales*, núm. 99, 2009.
- VÁZQUEZ, M. y MARCOS GONZÁLEZ, J. I., «El acoso discriminatorio por razón de edad. Análisis de un caso real», VV. AA. (Coord.: Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación), *El envejecimiento de la población trabajadora. Balance crítico de la situación y propuestas de mejora*, Lettera publicaciones, 2018.
- VAQUERO GARCÍA, A., «La discriminación laboral de las personas mayores es ineficiente», en VV. AA., *La discriminación de las personas mayores en el ámbito laboral*, Informe HelpAge España, 2022.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros», en VV. AA. (Coords.: CARDONA RUBERT, M. B., CABEZA PEREIRO, J. y FLORES JIMÉNEZ, F.), *Edad, discriminación y derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- YSÀS MOLINERO, H., «Alternativas de protección social de los trabajadores de edad frente al desempleo o al empleo precario: ¿perfección de rentas mínimas o tránsito hacia la renta básica?», *El Impacto de la normativa en el empleo de las personas de edad. Evaluación y propuestas de mejora, Documentación Laboral*, núm. 112 (extraordinario), vol. IV, Cinca, Madrid, 2017.

Ana María Martín Romero

Ferrol, 1962. Es Doctora en Derecho por la Universidad de Vigo. En 2013, finalizó sus estudios de Grado, que comenzó a la edad de 49 años. Este hecho marcó su experiencia, y motivó su interés creciente por la vulnerabilidad que experimentan las personas de edad madura en el acceso al empleo. Así, tras realizar el Máster Universitario en Abogacía, en el año 2016, obtuvo un contrato de Formación del Profesorado Universitario, FPU 2015 del MECD. En el marco de este programa estatal, inicia su tarea investigadora en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo, así como la docencia en diversas materias, participando en diversos proyectos de investigación. En diciembre de 2022, defendió su tesis doctoral que lleva por título «La edad como factor de vulnerabilidad en las relaciones laborales». Esta monografía es el fruto de dicha investigación.

Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Director:

Antonio V. Sempere Navarro

Últimos títulos publicados:

18. La nueva regulación del estatuto del artista.
Una visión comparada
Djamil Tony Kahale Carrillo
19. La extinción del contrato de trabajo doméstico
Fermín Gallego Moya
20. La compatibilidad entre jubilación
y trabajo. Modalidades de jubilación: parcial,
flexible, activa
Lourdes Meléndez Morillo-Velarde
21. La influencia de los convenios
y recomendaciones de la OIT en la legislación
social española
Joaquín García Murcia
(Dirección)
22. La nueva cotización al régimen especial
de trabajadores autónomos y su contraste con
las mutualidades alternativas
Miguel Gutiérrez Pérez
23. El permiso de formación para el empleo
(análisis del artículo 23 del Estatuto
de los Trabajadores)
María del Rosario Cristóbal Roncero
24. Recolocación y colocación: políticas públicas
y actores públicos y privados
Jaime Cabeza Pereiro
25. La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social ¿Un principio en
decadencia?
Iván Antonio Rodríguez Cardo
26. El Estatuto Laboral del Deportista. Un estudio de
derecho comparado: España y China
Sergio González García
27. Los planes de pensiones de empleo. El principio
de no discriminación
Manuela Laborda Ibáñez

Esta monografía aborda el estudio de la discriminación por razón de edad que sufren las personas maduras en las relaciones laborales. El derecho a la igualdad y no discriminación es consustancial al Derecho del Trabajo. Con todo, tal derecho fundamental no siempre resulta garantizado. Por ello, este trabajo pretende abordar, desde una perspectiva holística, la vulnerabilidad padecida por los trabajadores maduros en el mercado laboral y en el ámbito del contrato de trabajo.

Las trabas comienzan cuando, cumplida cierta edad, y dados los estereotipos negativos asociados a esta, el trabajador maduro se enfrenta a la modulación o degradación de ciertas condiciones laborales. Incluso, tal percepción peyorativa de la madurez puede conducir a la pérdida del empleo. Ya en paro, la edad se erige en el obstáculo, en no pocas ocasiones insalvable, para su reinserción, lo que deriva en desempleo de larga duración a una edad tardía, generando vulnerabilidad económica y, en ocasiones, pobreza. Además, en el plano colectivo, emerge un gran reto social y económico: las elevadas tasas de paro en determinadas cohortes de edad, señaladamente mayores de 55 años, y el impacto negativo en el sistema de Seguridad Social, fuertemente lastrado por la expulsión prematura de estas personas trabajadoras de la vida laboral activa. Si bien la temática propuesta ostenta un evidente interés sociológico, el estudio es, fundamentalmente, de carácter jurídico-laboral.