

lidad en sectores como la construcción o la agricultura donde el control resulta particularmente difícil.

El artículo 15, por su parte, establece la obligación de los Estados miembros de fijar el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, garantizando las medidas necesarias para su cumplimiento y comunicando a la Comisión antes del 19 de julio de 2003 las medidas adoptadas y sus posibles modificaciones. En realidad este precepto tiene el mismo matiz de superficialidad que el artículo 14: ambos obligan mucho a hacer nada; es decir, todos los ordenamientos jurídicos nacionales tienen previstas medidas sancionadoras en caso de que queden demostradas en los diferentes procedimientos establecidos, las discriminaciones raciales denunciadas. La norma, no obstante, pide que las sanciones incluyan indemnizaciones a la víctima de la discriminación racial, y que posean un carácter efectivo —ejecutividad de la sanción—, proporcionado —principio de proporcionalidad de la pena— y disuasorio —efecto preventivo general de la pena—. No hay, como puede comprobarse, gran aportación de la Directiva en esta cuestión, como, en general, en ninguna otra.

El resto de preceptos con los que la Directiva 2000/43/CE cierra su elenco de disposiciones, tiene carácter meramente técnico. Tan sólo el artículo 17 impone una última obligación formal: comunicar a la Comisión, "a más tardar el 19 de julio de 2005 y, a continuación, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre su aplicación dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo". Dicho informe tendrá en cuenta, "cuando proceda", la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y organizaciones no gubernamentales involucradas en la cuestión. No parece, pues, que el informe vaya a reflejar, necesariamente, otras perspectivas que no sean las oficiales, lo que denota, una vez más, que queda aún mucho camino que transitar en la coordinación entre las políticas comunitarias de lucha contra la discriminación, no sólo racial, sino de cualquier tipo, y la actuación autónoma de los agentes sociales en la materia. De otro lado, y para finalizar, resulta revelador el último párrafo del apartado 2º de este artículo, según el cual, "con arreglo al principio de la integración de la igualdad entre los sexos, dicho informe facilitará, entre otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre las mujeres y los hombres". Ésta puede considerarse una evidencia última del valor superior que el legislador comunitario otorga al principio de igualdad entre los sexos, auténtica y permanente preocupación del quehacer normativo de la Unión Europea, que termina por impregnar todas las actividades legislativas más allá, incluso, de los ámbitos propios de la Política Social. Triste constatación, en definitiva, que ser mujer y no ser blanca puede resultar difícil de llevar en esta Europa que sigue construyéndose con lentitud exasperante.

## LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA  
Catedrático de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

### EXTRACTO

La edad constituye una causa de discriminación prohibida. Lo era ya, indirectamente, en la norma constitucional al prohibir el art. 14 cualquier tipo de discriminación basada en una circunstancia personal y, de forma expresa, en la norma legal interna (art. 17 del Estatuto de los Trabajadores). La Directiva 2000/78, de 2 de diciembre, en aplicación del art. 13 del Tratado de la Unión Europea, insiste en esta orientación al incluir la edad en el repertorio de motivos prohibidos para establecer diferencias en el empleo y la ocupación. La Directiva no es tan exigente, como en relación con otros motivos de discriminación prohibida tipo la nacionalidad o el sexo, al permitir más fácilmente diferencias de trato basadas en la edad, si así se deriva de las características o requerimientos profesionales del puesto de trabajo. Debe hacerse, por tanto, una interpretación correctora que incida fundamentalmente en la exigencia de objetividad, adecuación, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia de trato. Evitando justificaciones basadas en ideas preconcebidas, tópicos y modelos sociales y exigiendo que la valoración de las exigencias profesionales se haga desde criterios no marcados a priori por la edad, o cuando menos compensados por otras habilidades y aptitudes indiferentes a la edad o más propias de trabajadores de edad madura. El tipo de tratamiento que la edad recibe en el terreno de la seguridad social es aún más permisivo dada las características del sistema, siempre que no constituya una discriminación por razón de sexo; lo que hay que conciliar con la existencia de, por ejemplo, edades diferentes de jubilación para hombre o mujer. Por último, la forma cómo los tribunales abordan los supuestos de discriminación por edad pone de manifiesto la necesidad de una reflexión más profunda y cuidadosa.

## ÍNDICE

1. Observaciones generales
2. Ámbito de aplicación y tipo de discriminación rechazada
3. El tipo de discriminación. Análisis de las causas de justificación de la desigualdad de trato. La habitual asimilación entre el progreso en la edad y la aparición o el incremento de la discapacidad
4. Discriminación por edad y protección social
5. Un caso de discriminación en el empleo por razón de la edad

### 1. OBSERVACIONES GENERALES

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>1</sup>, incluye la edad entre los motivos de discriminación contra los que se propone luchar. No podía ser de otra forma puesto que la edad ya aparece como motivo ilegítimo de diferenciación, respecto de cualquier materia, en el art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), cuando faculta al Consejo para que adopte "*las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*"<sup>2</sup>. Algo que el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada con ocasión del Consejo Europeo de Niza (7 a 9 de diciembre de 2000), ha reiterado al rechazar todo tipo de discriminación; indicando expresamente la basada en la edad, citada entre otros motivos como el sexo, la afiliación sindical, la opinión política, el nacimiento, la discapacidad o la orientación sexual.

No se trata de reflexionar aquí con carácter general acerca del conjunto del sistema antidiscriminatorio que la Directiva 2000/78 intenta establecer, sino,

<sup>1</sup> Esta Directiva constituye la base del Programa de Acción Comunitaria de lucha contra la discriminación (2001-2006), aprobado por Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000, en el que se incentivan y fomentan económicamente acciones emprendidas contra todo tipo de discriminación, salvo las referidas a la igualdad entre hombre y mujer debido a la existencia de normas y programas específicos al respecto.

<sup>2</sup> Hay que llamar la atención acerca del hecho de que el art. 13 del TCE no prohíbe directamente la discriminación por los motivos que menciona, sino que autoriza al Consejo a adoptar acciones en esa línea, ampliando así las competencias comunitarias. Lo que suscita dudas acerca de su efecto directo y de su aplicabilidad, sólo posible mediante el recurso a la consideración de la igualdad de trato como principio general del derecho comunitario así como a la integración interpretativa habitualmente realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. Cfr., respecto de estos temas, S. ROBINOLIVIER. "*La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam*". *Droit Social*, 6/1999, pág. 609 y ss. En todo caso, la Directiva 2000/78 vendría a dar efectividad a la prohibición discriminatoria del art. 13 del TCE, si bien de forma parcial al proyectar dicha prohibición sólo en el ámbito del empleo y la ocupación.

más concretamente, sobre la atención que la misma presta a la circunstancia de la edad y sobre las especialidades de tratamiento que se desprenden de esa atención. En efecto, ya en los primeros párrafos del Preámbulo de la Directiva, la edad aparece, relacionada con el trabajo y la ocupación que es el ámbito de aplicación al que la Directiva se circunscribe, como una particular circunstancia de fragilidad personal. Ya sea en cuanto al acceso al trabajo como en lo que hace a su conservación o defensa; y ya sea respecto de las condiciones de empleo, tales como la retribución y la promoción profesional, o en relación con el disfrute de ciertas ventajas asociadas a la prestación laboral, entre otras circunstancias. Esas referencias singulares se manifiestan, por ejemplo, en la mención expresa que el Preámbulo hace de la previsión, contenida en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989, de combatir toda discriminación, con especial referencia a las personas mayores y a las personas con discapacidad; también, en el recordatorio a las Directrices para el empleo del año 2000 por las que el Consejo Europeo, de acuerdo con las facultades que le concede el TCE, subraya la necesidad de establecer políticas dirigidas a evitar la discriminación de las personas discapacitadas y a apoyar de forma especial a los trabajadores de más edad con la finalidad de favorecer su permanencia como activos.

Estas menciones, no obstante, y en general la Directiva misma, están dirigidas, como se ha apuntado, a eliminar las discriminaciones en el terreno de la ocupación (ciertamente importantes y seguramente las más trascendentales dada la central función socializadora e integradora del trabajo), o a evitar su proyección negativa, aunque sólo parcialmente, sobre otras materias como las ventajas sociales o la protección social; por ser éste el ámbito en el que los motivos de discriminación, la edad entre ellos, pueden tener una aplicación y un efecto más frecuente. Pero esta realidad no deja de hacer justificada la crítica a la "verticalidad" de la Directiva, en cuanto al espacio de la prohibición (que es sólo el relativo, con mayor o menor amplitud, al empleo y a la ocupación), fijado en contraposición a la "horizontalidad" del art. 13 del TCE (la afirmación de una serie de motivos prohibidos de discriminación al margen del ámbito en el que puedan ejercer su influencia). Lo cual desdice, en alguna medida, la intención de establecer un marco general que, al serlo sólo respecto de ciertos temas, difícilmente puede calificarse con corrección como tal. Con las consecuencias limitativas que ello tiene sobre la prohibición de discriminación, por edad o por otros motivos, en otros ámbitos tales como el acceso a los servicios, a la educación no profesional o no orientada al trabajo, a las ventajas sociales no asociadas al desempeño de una actividad, o a la seguridad social y a la protección social, etc.<sup>3</sup> Como ya se ha apuntado, la eliminación de la posible discriminación en estas materias, en concreto por razón de edad, no podrá acogerse, en el nivel comunitario, sino a la virtualidad aplicativa que pueda tener, como los límites señalados, el art. 13 del TCE.

<sup>3</sup> C. MOREIRO GONZÁLEZ. "*Un nuevo marco jurídico europeo para la igualdad de trato*". *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 4/2000, pág. 462.

No son las antes testimoniadas, sin embargo, las únicas referencias singularizadas a la edad como motivo de discriminación que se contienen en el Preámbulo de la Directiva. Aunque, hay que subrayarlo, se hacen ya con un sentido propio, sobre el que se volverá, como es que las preocupaciones se enderecen sobre todo contra la discriminación de los trabajadores de edad madura; casi convirtiendo el genérico motivo discriminatorio de la edad en otro, más específico o unidireccional, consistente en el exceso o demasía de edad. Por el contrario, otras menciones a la edad se contienen igualmente en el Preámbulo y merece la pena destacarlas, aclarando su razón de ser y lo que de ellas puede derivarse en cuanto al tratamiento jurídico de este concreto motivo discriminatorio.

En primer lugar, como ya se ha advertido, las referencias especiales a la edad suelen ser comunes o estar acompañadas de otras semejantes al factor de discapacidad. Es claro que, si se acepta esta vinculación en la representación mental, que identifica la edad (normalmente, la madura) con una situación de incapacidad progresiva para el trabajo (o aún no eliminada por no haberse accedido a la plena capacidad laboral, si se trata de las edades más jóvenes), las conclusiones o cautelas del Preámbulo no pueden dejar de ser comunes. Así se afirma, para ambos motivos de discriminación, que la Directiva no pretende forzar a *“contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto que se trate o para seguir una formación dada”*. Ni obligar a *“las fuerzas armadas, como tampoco a los servicios de policía, penitenciario, o de socorro, a contratar o mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios”*; permitiendo, en consecuencia, a los Estados miembros, para que *“puedan seguir manteniendo la capacidad de sus fuerzas armadas, (...) optar por no aplicar las disposiciones de la presente Directiva relativas a la capacidad y a la edad a todas o a parte de las fuerzas armadas”*. Una asociación o identificación, pues, muy significativa, que tiene como consecuencia que la edad, como motivo de discriminación prohibido, se vea atenuado en su impacto prohibitivo al contaminarse de la lógica productiva presente en el empleo de los discapacitados, seguramente muy defendible, que debilita el juicio negativo que podría hacerse acerca de las diferenciaciones establecidas, en cuanto al empleo y la ocupación, entre ellos y los trabajadores con capacidad laboral intacta o no reducida.

En segundo lugar, y asumida la posición anterior, el Preámbulo de la Directiva, acepta con carácter general, aunque se refiera a esta posibilidad como susceptible de tener lugar *“en muy contadas circunstancias”*, que una diferencia de trato en el empleo o la ocupación puede estar justificada cuando el factor que se considere (la edad entre ellos) *“constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”*. Sin embargo, y respecto de la edad, no es esta afirmación

general la más significativa. Lo particular se encuentra en la explicación singular, cautela mejor, que recibe la edad como motivo de diferenciación legítimo. Así se dice que *“en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros”*; añadiendo que *“resulta esencial pues distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por motivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación”*. Todo un bloque de cuestiones, pues, que se remiten a la de determinar en qué casos la edad puede ser un factor de diferenciación negativa justificado ya que, frecuentemente, el distinto trato que se prevé consiste en la exclusión o rechazo (del empleo, de cierto puesto de trabajo, del ascenso, de la conservación de la ocupación, de la formación) de los trabajadores que superen una determinada edad (supuesto de discriminación de trabajadores de edad madura); aunque también puede darse ese rechazo o exclusión de quienes no la hayan alcanzado (supuesto de discriminación de trabajadores jóvenes).

Se acaba de calificar la diferenciación permisible de normalmente negativa o en términos de exclusión, si bien el Preámbulo igualmente sostiene que la prohibición de discriminación *“no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas (...) con una edad (...) determinada...”*. Esto es, una discriminación positiva o de ventaja. Lo que sucede es que, estando centrado el proceso de identificación de la discriminación en un juicio de comparación, toda diferenciación de trato es, normalmente, a la vez positiva y negativa. Si perjudicial para unos (los que tienen el rasgo elegido: la edad en este caso, madura o demasiado joven) será beneficiosa para otros (los que no han llegado a esa edad, si la madura; los que la han sobrepasado, si joven); y si contraria para los últimos, será beneficiosa para los primeros, como sucede con los tratamientos de favor hacia los trabajadores maduros o los muy jóvenes. Esta doble acción ambivalente de una misma exigencia es clara en relación con ventajas donde la confluencia de edades no puede ser sino competitiva; lo que sucede cuando se trata de limitar el acceso al empleo a trabajadores por debajo de una cierta edad (excluyendo a los maduros), o por encima de ella (dejando aparte a los jóvenes). Y quizás sea menos clara, o mejor, pueda darse sin esta doble proyección cuando se trata de condiciones de desempeño del trabajo, tal y como formas de adiestramiento laboral específico, o de adaptación del puesto de trabajo, previstas para los trabajadores a tenor de su edad que tratan, y en este objetivo se mantienen, de reequilibrar una situación desigual de partida.

Lo anterior no quiere decir que no sea posible, y conveniente, establecer diferencias entre las medidas de discriminación positiva o negativa, aunque ambas tengan como secuela el efecto antagonista. Por el contrario, es necesario precisar la naturaleza de cada medida en este sentido, procediendo al análisis de su formulación, sus objetivos y sus instrumentos. Esta calificación no es sin consecuencias en cuanto a la fuerza de convicción de las justificaciones aportadas para el trato distinto. Puesto que, como admite la Directiva, no hay una

exigencia cerrada y absoluta de igualdad de trato por razón de edad, sino que puede exigirse una determinada para desempeñar algún tipo de trabajo o para beneficiarse de ciertas medidas de tutela o de promoción, lo relevante son, en todo caso, los motivos que justifican esa medida, que habrán de ser suficientes y esenciales; los objetivos, legítimos; las medidas en sí mismas, proporcionadas a esos objetivos.

Un juicio de razonabilidad, proporcionalidad, inevitabilidad, adecuación, legitimidad y suficiencia que no puede ser igual de exigente si de lo que se trata es de una medida básicamente negativa o de exclusión, que positiva o de favorecimiento. En el primer caso, los motivos deben ser necesariamente más poderosos, la exigencia de la edad como requisito mucho más esencial y determinante y la relación más clara entre objetivos y medios así como más directamente proporcionada. En el segundo caso, en cambio, la finalidad de tutela y de restitución de la igualdad de oportunidades de los desfavorecidos por circunstancias personales inevitables, justifica mucho más fácilmente las medidas de diferenciación; porque, además de otros rasgos que cumplen las exigencias anteriores, sirven a un valor que afecta al sujeto protegido, el trabajador particularmente tutelado, y no a quien se beneficia de esa discriminación por razones exclusivamente económicas, como sucede cuando la discriminación negativa viene impuesta como una exigencia organizativa y del desempeño productivo del trabajo.

En tercer lugar, el Preámbulo de la Directiva refleja una especial preocupación por la incidencia de la edad en los sistemas de Seguridad Social y protección social. Tanto que dice expresamente que *“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 art. 141 del TCE, 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”*, además de añadir que *“la presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación”*. Una importante exclusión ésta cuyo alcance habrá que valorar, pero que en apariencia abarca todas las prestaciones sociales no incluíbles como retribución en el art. 141, que se refiere a la igualdad de trato entre personas de diferente sexo, recogiendo una noción amplia de retribución fruto de una larga elaboración jurisprudencial. La exclusión de lo relativo a la Seguridad Social y a las prestaciones sociales no se justifica por la existencia de reglas comunitarias particulares de equiparación (como sucede con la igualdad de trato por razón de sexo, o por razón de nacionalidad) sino más bien por la finalidad de salvar en bloque toda la materia de protección social en la que, por ejemplo, la edad juega un rol importante, particular y frecuentemente lógico (ya sea como requisito de prestaciones –jubilación, orfandad—o como índice indirecto de escasa o mucha presencia cotizante –incapacidad permanente, jubilación anticipada—). De aquí que sea también coherente el que el Preámbulo afirme que lo establecido en la Directiva sea sin perjuicio de *“las disposiciones nacionales que esta-*

*blecen la edad de jubilación”*. En una línea semejante, aunque ahora vinculada a las políticas activas de empleo, se excluyen por el Preámbulo de la aplicación de la Directiva, como se acaba de decir, *“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”*.

Todo lo anterior hace de la edad un factor de diferenciación particular y singularmente problemático. No está de más recordar a este respecto que fue objeto de fuertes debates en las deliberaciones previas a la aprobación de la Directiva y que, como resultado de los mismos, el plazo general de transposición, fijado el 2 de diciembre de 2003, se amplía adicionalmente, a elección de los Estados miembros, los cuales *“podrán disponer, cuando sea necesario, de un plazo adicional de tres años, a partir del 2 de diciembre de 2003, es decir, de un máximo de 6 años en total, para poner en aplicación las disposiciones de la presente Directiva relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad”* (art. 18). Para su consideración, el análisis que se contiene en las páginas que siguen se organizará de la siguiente manera: el ámbito de aplicación de la Directiva y el tipo de discriminación rechazada (2); el margen dejado al trato diferencial por razón de edad, tanto negativo como positivo y sus causas de justificación así como la criticable identificación entre edad madura e incapacidad (3); la relación entre edad y protección social y su posible dimensión discriminatoria (4); por último, algunas observaciones acerca de la utilización de la edad como factor de discriminación en relación con el empleo, en la realidad española, tomando como pretexto una resolución del Tribunal Supremo (5).

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y TIPO DE DISCRIMINACIÓN RECHAZADA

Según su art. 3, la Directiva 2000/78 se aplica *“a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos”*. Personas que no son sólo los trabajadores en sentido jurídico puesto que el empleo al que se refiere la Directiva, prohibiendo la discriminación en relación con el mismo, abarca el laboral, el funcionarial o, incluso, el autónomo, sea en sentido propio o como profesional liberal; y que, además, incluye a quienes, sin ser aún activos, pretenden acceder a la formación laboral, tanto teórica como práctica. Un ámbito de aplicación subjetiva general, por tanto. Igualmente extenso, aunque siempre dentro de lo que se considera empleo y ocupación, es el ámbito material ya que la discriminación queda prohibida respecto de un amplio número de circunstancias como el acceso a la actividad, ya sea laboral, funcionarial, por cuenta ajena o propia, conceptuando dicho acceso a la actividad de forma muy genérica al incluir tanto la obtención de un empleo en sí misma como *“los criterios de selección”*, o *“las condiciones de contratación y promoción”*; todo ello con independencia de la rama de actividad y del nivel de clasificación profesional.

El empleo o la ocupación de los que no puede darse discriminación no abarcan exclusivamente la contratación o las estrictas condiciones de trabajo, lo que indudablemente sucede; también se refieren al acceso a todo tipo y nivel de orientación y formación profesionales, incluyendo la experiencia laboral práctica, y la afiliación y la participación en organizaciones de tipo profesional. Puede decirse, en consecuencia, que la prohibición de discriminación se proyecta sobre todas las circunstancias del estatuto profesional, tanto previas como de desempeño del mismo, y tanto centrales como accesorias o instrumentales. Las únicas exclusiones son las ya mencionadas de la discriminación por nacionalidad (por el tratamiento propio que merece en otras normas comunitarias referidas sobre todo a la libre circulación); así como la del ámbito material de los regímenes de prestación social, públicos o asimilados, incluyendo los de seguridad social y protección social (art. 3, apartados 2 y 3).

Dejando al margen todo lo relativo a estos últimos ámbitos de tutela social, sobre lo que se dirá algo más adelante, la prohibición de discriminación por razón de edad puede operar prácticamente, como se ha dicho, en muchos planos. Uno de los más relevantes es sin duda el del momento de la contratación, o más genéricamente del acceso al empleo, en la medida en que la misma puede quedar precisamente sometida a una condición de edad. Ya sea haberla superado, con lo que se suele excluir a los trabajadores más jóvenes, en el entendimiento de que, por su misma reducida o corta edad, aún no pueden estar en posesión de experiencias profesionales o de oficio, o no han adquirido la madurez laboral suficiente. O ya sea no haberla alcanzado, de forma que la condición de edad puede también ser exigida, y es lo más habitual, en el sentido de excluir de la contratación a quienes superan la edad considerada como umbral máximo para un desempeño laboral eficiente, para justificar inversiones formativas a cargo de la empresa y en beneficio del trabajador, o para rentabilizar a medio plazo, tiempo que no se tendría si el trabajador es de edad madura, la vinculación contractual, el proceso de adaptación a la empresa y de asunción de su lógica organizativa y de producción.

Todo lo dicho para la contratación puede hacerse extensivo a las pretensiones de acceso a la formación profesional donde, sin embargo, la exclusión por edad suele afectar, casi exclusivamente, a los trabajadores de edad madura apoyándose en el prejuicio, no confirmado por las estadísticas ni por la experiencia, de que los trabajadores de más edad son particularmente incapaces de beneficiarse de las iniciativas de formación profesional por considerar que exigen determinados niveles de conocimiento y de formación previos que los trabajadores maduros no tienen o han quedado obsoletos; y porque se entiende que el mismo proceso formativo requiere unas aptitudes o disposiciones personales que la edad elimina o hace mucho menos eficientes (capacidad de aprendizaje, sentido de la innovación, menos resistencia al cambio, flexibilidad de las estructuras mentales, etc.).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> P.Y. VERKINDT y M. WACOGNE. "Le travailleur vieillissant". *Droit Social*, 12/1993, págs. 932 y ss.

No son éstos los únicos momentos en los que la discriminación por edad puede operar. Igualmente, tener una edad (o no tenerla, en menos casos) puede convertirse en un obstáculo para la promoción profesional; para el ascender a categorías o grupos profesionales de nivel superior; para beneficiarse de determinados sistemas salariales basados en la productividad (que los trabajadores maduros, o los muy jóvenes, se supone que no son capaces de aplicar); para tener prioridad, o quedar excluidos, de decisiones de movilidad favorables en términos de enriquecimiento profesional, de mayor nivel salarial o de mejores expectativas de carrera, o para asumir puestos de más responsabilidad. La edad también puede ser un factor con influencia directa en decisiones de modificación sustancial, afectando a los trabajadores según una jerarquía por edades que, hasta ahora, solía beneficiar a los trabajadores más maduros pero que, cada vez más, tiende a invertir su signo a favor de los más jóvenes quienes, según otro de los prejuicios más asentados, se consideran más receptivos a decisiones de movilidad, al cambio y a la experimentación de nuevas posibilidades profesionales.

Finalmente, la edad (en la actualidad, tener una alta) puede colocar a los trabajadores en una situación mucho más débil frente a la pérdida del empleo debida a reestructuraciones colectivas en razón de la crisis o de la innovación tecnológica, organizativa o productiva. Una vez más ciertos prejuicios, como la resistencia al cambio del trabajador maduro, o incluso su preferencia por la finalización del contrato y la entrada en algún sistema de desempleo, prejubilación o jubilación anticipada antes que aceptar modificaciones de sus condiciones de trabajo, lo convierte en miembro de un colectivo sobre el que se ejerce una fuerte presión expulsiva que puede adoptar la forma de un límite de edad para la permanencia en el empleo o en la precedencia para soportar la extinción de los contratos<sup>5</sup>.

Las descritas son manifestaciones posibles, entre otras muchas, de una discriminación en el empleo o en la ocupación; que serían directas si se tratara de condicionamientos de edad expresos, de carácter esencial y válidos por sí mismos, para acceder al empleo o para no conservarlo, para quedar excluidos de las acciones formativas o relegados en los ascensos, para ver cegadas las trayectorias profesionales, o quedar condenados a una extinción precipitada de la relación laboral. A este respecto, en principio y con carácter general, lo que incluye a la diferenciación por razón de edad, el art. 2 de la Directiva 2000/78, rechaza la discriminación directa, que entiende como aquella situación en la que la persona "sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga"; basando abiertamente esa menor favorabilidad o tratamiento desventajoso justamente en uno de los motivos enumerados por la Directiva.

<sup>5</sup> Sobre este tipo de representaciones mentales que pretenden avalar un trato diferencial directo y expreso de los trabajadores según su edad, preferentemente en perjuicio de los trabajadores de edad madura, Y. CHASSARD. "Emploi après cinquante-cinq ans et retraite: quelques leçons d'une observation à l'étranger". *Droit Social*, 12/2000, págs. 1124 y ss.

motivo que se convierte prácticamente en la única razón para la diferencia. Aparentemente, la Directiva prohíbe, en términos similares que los utilizados por las normas referidas a la libre circulación<sup>6</sup>, una discriminación directa por razón de la edad (como por cualquiera de los otros motivos de discriminación enumerados en la misma), que sería indudablemente contraria al derecho comunitario.

A confirmar esta impresión inicial del art. 2.2, a) de la Directiva vendría el apartado b) del mismo número y artículo donde, hablando de la discriminación indirecta, que también rechaza (y que tiene lugar "cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular" a las personas caracterizadas por uno de los motivos prohibidos y en razón precisamente de él), acepta sin embargo que, puesto que la discriminación indirecta es más una consecuencia que un propósito, la medida pueda estar legítimamente justificada aunque con esta repercusión reprochable. Motivo por el que la Directiva deriva la calificación de discriminatoria o no a un juicio de justificación objetiva de la medida basado, dice el art. 2.2, b), ii) en una "justificación legítima, o en una "necesidad" insoslayable, o en una "adecuación" indiscutible como relación de proporción justa entre fin y medios<sup>7</sup>. En definitiva, un aparente rechazo de la discriminación directa, también de la indirecta, pero posible efecto diferenciador legítimo de una determinada actuación o práctica, basándose en la edad, si se justifica adecuadamente, aunque tenga repercusiones indirectas negativas para quienes tienen una cierta edad (o no la tienen)<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Se trata del art. 39.2 del TCE cuando prohíbe todo tratamiento diferencial, normalmente más restrictivo o menos favorable, entre trabajadores nacionales y comunitarios en cuanto a las condiciones de empleo y trabajo que tenga como único y directo fundamento el factor de nacionalidad; lo que viene confirmado por el art. 7 del Reglamento 1612/68, de 15 de octubre, cuando afirma que "en el territorio de otros Estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales...".

<sup>7</sup> Por supuesto que el art. 2.5 de la Directiva, recogiendo las salvedades tradicionales que pueden oponerse a la prohibición de discriminación o a la alegación de libertades comunitarias básicas como la de circulación de trabajadores o de prestación de servicios, establece que la misma no puede oponerse a las medidas nacionales justificadas por la seguridad pública, el orden público, la protección de la salud y de los derechos y libertades de los ciudadanos.

<sup>8</sup> Un concepto semejante de discriminación indirecta se encuentra, respecto de la nacionalidad, en el art. 3 del Reglamento 1612/68, cuando considera discriminatorias las normas o prácticas administrativas internas que "aun siendo aplicables sin acepción de nacionalidad, tengan por finalidad o efecto exclusivo o principal, eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de las ofertas de empleo". El concepto de discriminación encubierta o indirecta se refiere a aquellas exigencias, requisitos o condiciones, aparentemente neutras desde el punto de vista de la nacionalidad (al exigirse por igual a los nacionales del país y a los de otros estados miembros) pero que tienen un impacto negativo mayor o imponen mayores obstáculos reales a los nacionales de otros Estados,

La conclusión que se acaba de sostener es, sin embargo, incorrecta, o cuando menos ha de ser fuertemente matizada. No hay en la Directiva 2000/78 un rechazo tan contundente a las discriminaciones (llamadas diferencias de trato al ser aceptadas), como en el caso del factor de nacionalidad, ya sean directas o indirectas. En realidad, la Directiva contiene una regla, verdaderamente central en el sistema de lucha contra la discriminación que trata de implantar, según la cual "la diferencia de trato basada en una característica relacionada con uno de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio 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 constituya un requisito profesional esencial y determinante" (art. 4.1).

Esta regla puede obligar a invertir el planteamiento anterior. Más que prohibir las diferencias, basadas en los motivos citados, que por ello se consideran discriminatorias, salvo el caso de reglas neutras cuyo efecto diferenciador real habría que justificar (el tipo de planteamiento propio de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad o de sexo), la Directiva acepta, en principio, diferencias de trato basadas directamente en uno de los motivos prohibidos (mucho más, habría que decir, si esa hipotética discriminación es sólo indirecta) siempre que se aporte una justificación razonable, adecuada y suficiente. Más concretamente dicho, cualquiera de las causas o motivos mencionados en la Directiva (discapacidad, edad, orientación sexual, religión o convicciones) pueden ser el fundamento para una diferencia de trato aceptable en cuanto al acceso al empleo, a la formación profesional, a las condiciones de ocupación, o a la conservación del puesto de trabajo; la única exigencia es que quede justificado como requisito profesional "esencial y determinante".

No deja de ser llamativo este modo de posicionarse la Directiva frente al recurso a estas causas para introducir distintos tratamientos profesionales. No sólo porque la existencia de los mismos no está, a priori, calificada de discriminatoria, sino como una situación a justificar adecuada y suficientemente; lo que, desde el punto de vista metodológico, significa una mayor e indudable aceptabilidad de la diferencia de trato ya que se parte de su viabilidad y no de su rechazo. También porque, si bien respecto de ciertos motivos las diferencias de trato basadas en requerimientos profesionales son razonables (el caso típico

teniendo en la práctica un efecto limitador de la libertad de circulación de trabajadores. Así lo declara la Sentencia 12-3-1998 (asunto *Comisión contra República Helénica*, 187/96), al expresar que "una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros"; y también la Sentencia de 23-2-1994 (asunto *Scholz*, 419/92) al indicar que "el art. 48 (hoy 39) del Tratado prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier otra forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado". Este tipo de argumentación puede proyectarse, sin duda, sobre la discriminación por razón de edad.

es el de las personas discapacitadas), no lo son tanto en cuanto a la edad (salvo que, como sucede en realidad, la edad se someta a un tipo de consideración semejante a la de la falta o la disminución de la capacidad), y mucho menos en cuanto a otros factores como la religión o las convicciones personales. Supuestos estos últimos en los que las diferencias de trato, o tienen una finalidad de tutela de estas opciones personales de naturaleza ideológica, o se justifican en la incompatibilidad esencial entre esas opciones y la actividad productiva; lo que sólo acontece muy marginalmente en las empresas denominadas ideológicas o de tendencia. Tan marginalmente que no hacen necesaria una regla general de excepción como la que se recoge en el art. 4 de la Directiva; como, por ejemplo, no existe en relación con la nacionalidad o el sexo.

En cuanto a la edad, la manifestación de este tipo de orientación se encuentra en el art. 6 de la Directiva el cual, bajo el título precisamente de "*justificación de diferencias de trato por motivos de edad*", permite que los Estados miembros introduzcan diferencias de trato directas por razón de la edad que no se consideran discriminatorias, siempre que dichas diferencias estén "*justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima*"; apuntando que, puesto que se trata de acceso al empleo y a la formación y de condiciones de trabajo, esa justificación puede relacionarse con la política de empleo, de formación y con la configuración del mercado de trabajo específico. Incluso el art. 6 da un paso más, concretando en qué pueden consistir esas diferencias de trato, directamente basadas en la edad, pero consideradas legítimas. Sintetizándolas en una fijación de una edad para acceder al empleo (sea en la versión de edad mínima, lo que excluye a los trabajadores jóvenes; como en la modalidad de edad máxima, lo que afectaría a los trabajadores de edad madura), o en el establecimiento de condiciones especiales de trabajo y de formación vinculadas a la edad (ya sea una escasa o para los trabajadores jóvenes; ya sea alta o para los trabajadores de edad madura).

Insistiendo en el enfoque que se ha puesto en evidencia, puede decirse, sin exagerar mucho, que una regulación como la transcrita acaba legitimando las diferencias y haciendo casi innecesaria la aportación de una justificación que la propia Directiva ya contiene. Más que poner en guardia frente al uso de la edad como factor de diferenciación, la Directiva acaba legitimándola<sup>9</sup>. Lo que desplaza el núcleo del discurso hacia la solidez de la justificación ofrecida para el trato distinto y hacia la relación entre el objetivo perseguido y la medida empleada, sin que se dé prácticamente ocasión a un rechazo frontal de la discriminación, ni siquiera de la directa basada exclusivamente en la edad. Si esto es así, se está provocando la impresión, no se sabría decir si conscientemente, de que los motivos de discriminación tenidos en consideración por la Directiva 2000/78 son de segundo orden, o se consideran menos agresivos que los basados en la nacionalidad y en el sexo; por lo que la reacción frente a ellos es

<sup>9</sup> Una crítica algo más templada pero en la misma línea, MOREIRO GONZÁLEZ, cit., pág. 463.

menos contundente, tolerando con más facilidad los tratamientos diferenciados basados en tales motivos al ceder con mayor naturalidad y frecuencia frente a las exigencias productivas y organizativas de las empresas.

### 3. EL TIPO DE DISCRIMINACIÓN. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA DESIGUALDAD DE TRATO. LA HABITUAL ASIMILACIÓN ENTRE EL PROGRESO EN LA EDAD Y LA APARICIÓN O EL INCREMENTO DE LA DISCAPACIDAD

La edad, pues, al margen de la aceptación plena de su influencia no discriminatoria en el empleo y la ocupación en cuanto a las fuerzas armadas<sup>10</sup>, siendo un factor de diferenciación prohibido, puede ser utilizado legítimamente para introducir desigualdades de trato en el empleo y la ocupación siempre que la exigencia de una cierta edad (o no haberla alcanzado) se derive de la "*naturalidad de la actividad profesional concreta*"; que sea, para esa actividad y en virtud del contexto, un requisito profesional "*esencial y determinante*", "*objetivo*", "*razonable*" y "*proporcionado*"; y que la finalidad que se persiga con dicha diferencia sea "*legítima*", "*adecuada*" y "*necesaria*". Todas estas calificaciones de la exigencia, el requisito, o la finalidad de la diferencia, que juegan en razón del empleo y la ocupación y que han de tener en cuenta las políticas de empleo, la situación del mercado de trabajo y de la formación profesional, se encuentra recogidas en los arts. 4.1. y 6.1 de la Directiva.

En el caso de la edad como factor de diferenciación, en principio puede asumirse este papel como legítimo, fijando edades mínimas o máximas para acceder a la formación profesional, al empleo o a ventajas vinculadas al mismo, como una manera de fomentar la contratación, la reinserción profesional, la conservación del puesto de trabajo y la mejora de las condiciones de ocupación; o como una forma de favorecer las oportunidades de trabajo, de promoción personal; o bien como un instrumento de defensa del empleo, seleccionando las opciones u ofertas formativas por criterios de edad. Aparecen así los tipos de contratos reservados a trabajadores de una cierta edad (a los jóvenes, cuando se trata de contratos orientados a propiciar la inserción profesional, o a permitir una formación inicial o de aprendizaje); las medidas de fomento de la contratación de trabajadores jóvenes en busca de primer empleo o de trabajadores maduros con finalidad de evitar su exclusión del mercado de trabajo con excesiva anticipación a las edades razonables de retirada de la vida activa; la organización de ofertas formativas tanto dirigidas exclusivamente a jóvenes, una vez más para favorecer el conocimiento teórico y práctico y el inicio de la

<sup>10</sup> Así lo tolera el art. 3.4 de la Directiva, al permitir que los Estados miembros excluyan ese concreto ámbito de la actividad profesional de la prohibición de discriminación basada en la edad y en la discapacidad

carrera profesional, como las acciones de recualificación y actualización profesionales previstas en general, o en concreto en los planes sociales que acompañan a las reestructuraciones económicas, para los trabajadores de edad madura.

Se trata, en todo caso, de acciones positivas, de protección especial, de fomento y de tutela de ciertos colectivos de trabajadores caracterizados por la edad, que se prevén en el art. 7 de la Directiva, cuando señala que *"con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1"* (la edad entre ellos). Un ejemplo reciente de ello se encuentra en las reglas contenidas en el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, el cual, además de alterar las reglas de edad para el contrato en formación según qué tipo de colectivos, incluye un Programa de fomento del empleo para el año 2001 en el que incentiva la contratación tanto de desempleados mayores de cuarenta y cinco años como de ciertos jóvenes entre dieciocho y treinta años (en concreto, los procedentes de las instituciones de protección de menores), y señala como posibles beneficiarios del contrato para el fomento de la contratación indefinida a desempleados jóvenes desde dieciséis a treinta años y a desempleados mayores de cuarenta y cinco años de edad.

Muy distinto es el recurso a la edad como elemento de exclusión, esto es, como un factor de diferenciación negativa. Es cierto que el art. 6 de la Directiva parece permitirlo ya que regula tal posibilidad de forma separada de las acciones positivas previstas en el art. 7. Sin embargo, esta regulación diferente no puede interpretarse, como ya se ha advertido, en el mismo sentido de apertura que las discriminaciones positivas. En primer lugar, porque el art. 6.1 de la Directiva mezcla acciones positivas y negativas o de exclusión. Así, deben considerarse como de las primeras las que menciona en el apartado a) como *"condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y trabajo, incluidas las condiciones de despido (...) para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad (...) con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas"*. Quedando las negativas, o de exclusión, referidas en los apartados b) y c), en concreto, la fijación de una edad mínima como forma indirecta de exigir una determinada experiencia profesional o una antigüedad en el trabajo *"para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo"*; en el establecimiento de una edad máxima, basada en *"los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación"*.

Las razones justificadoras de la discriminación negativa o de exclusión por razón de edad que se acaban de exponer son limitadas y en sí sumamente criticables. Porque, si la imposición de una edad mínima busca garantizar una experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo como expresión del dominio del oficio, sería mucho más correcto exigir estas cualificaciones de forma

directa y no simbolizarlas en una edad que, por sí misma, no garantiza la experiencia, ni la antigüedad o el conocimiento de la profesión; como tampoco asegura que no se tengan si se tiene una edad inferior a la fijada. Y ello al precio de una diferenciación sin matices por razón de edad. Puesto que la empresa o el empleador tiene los instrumentos legales y contractuales (entrevistas, acceso a curriculum, periodo de prueba o de experimentación, etc.) para controlar que el aspirante (al contrato, al ascenso, al desempeño de un puesto diferente) está en posesión de esos razonables requisitos (experiencia, control de la profesión, patrimonio profesional), carece de lógica utilizar el referente absoluto, poco flexible y no garantizador de esos valores como es la fijación de una determinada edad mínima.

Por otra parte, resulta difícil imaginar unas exigencias profesionales que sólo puedan, y mejor, materializarse con el cumplimiento de una edad; y que no sean susceptibles, en cambio, solicitarse de manera directa. Sólo si el tener una cierta edad mínima, por el hecho en sí de tenerla, fuera un ineludible, razonable, objetivo y adecuado requisito profesional para el caso concreto, sería justificable su imposición y legítima la discriminación con base en ella. Como, por ejemplo, la exigencia de una edad determinada mínima para determinadas profesiones en las que el tiempo de desempeño es un requisito necesario y que sólo a partir de cierta edad puede materialmente cumplirse; o como expresión, no tanto de cualidades profesionales sino meramente vitales (mayor previsión, prudencia, sentido global de las cosas). Pero, aun aquí, tampoco la edad pasa de ser una mera presunción de estar en posesión de estas aptitudes que la aportación de una experiencia profesional certificaría mejor, con independencia de la edad concreta, porque se refleja en la antigüedad en la profesión o en la empresa; lo que, a su vez, depende del momento personal de inicio de la actividad. Se trata en suma de una exigencia tan marginal y dudosa y de una garantía tan poco fiable que no justifica la discriminación o la barrera de la edad; dicho de otra forma, en la casi totalidad de los casos será un requisito profesional que no podrá ser considerado como objetivo (en cuanto que absoluto y no personalizado), proporcionado (la discriminación que provoca no queda compensada por el valor, discutible, de lo que la edad garantiza y el objetivo no es suficientemente importante como para justificarla) y, en consecuencia, razonable o adecuado (cabén otras formas no discriminatorias de obtener los mismos resultados).

Algo semejante, si no más drástico, puede decirse de la fijación de una edad máxima para la contratación, si se funda, como dice el art. 6 de la Directiva, en *"los requisitos de formación en el puesto en cuestión"* o en *"la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación"*. En relación con lo primero porque, como se ha señalado ya, las exigencias formativas para un determinado puesto de trabajo pueden, y deben, formularse directamente sin que sea legítimo acudir a la edad como un referente rígido e indiscutible. Si lo que la Directiva pretende establecer es que cabe seleccionar a los trabajadores, en cuanto al empleo y a la formación, en razón de los conocimientos previos, de la formación recibida, de las aptitudes para ampliarla y adaptarla o de la

predisposición para adquirir nuevas experiencias, estos son rasgos personales que pueden exigirse, y controlarse, de forma individual, sin que sea lícito establecer una frontera biológica que, aunque en muchos casos se corresponda con momentos de la vida en que esas exigencias ya no pueden satisfacerse, no necesariamente dicha frontera es indiscutible ni tampoco igual para cada individuo. En síntesis, el precio de discriminación que tiene el uso de la edad como criterio grosero, indirecto y rígido hace enormemente discutible el recurso a la misma para establecer discriminaciones negativas o de exclusión.

Y, respecto de lo segundo (“la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación”), difícilmente puede aceptarse también por ser de imposible justificación, pese a la Directiva, la imposición de una edad máxima cuando obedece a razones no relacionadas directamente con las aptitudes de que en teoría se dispone, o se carece, a cierta edad; y que, por el contrario, el recurso al criterio de tiempo de trabajo disponible antes de la jubilación precisamente las entiende existentes por cuanto el rechazo de los trabajadores maduros no sería por su falta de aptitud sino por la escasez de tiempo laboral para rentabilizarla. Se trata, en fin, de una exigencia puramente económica, fruto del análisis comparativo entre coste empresarial (en tiempo de adaptación, en formación, en inmediata o cercana sustitución) y rentabilidad del mismo, que requeriría un tiempo mínimo para manifestarse de forma positiva. Tratándose de una exigencia económica (sin duda, valorable pero no absoluta y que puede satisfacerse por otros medios como los pactos de permanencia) no puede subordinarse de forma total a la misma el empleo o la promoción de los trabajadores discriminándolos por razón de la edad<sup>11</sup>.

Además, la imposición de una edad máxima, de aceptarse, no podría estar muy alejada del momento de la jubilación (de no ser así, el período de actividad “razonable” previo a la jubilación de que habla el art. 6 de la Directiva, dejaría de serlo para convertirse en excesivo o desmesurado); con lo que sólo podrían fijarse por estos motivos edades muy altas y, en ningún caso, del tipo que se manejan para definir el comienzo de la edad madura del trabajador (los cuarenta y cinco años). Por otra parte, la jubilación es habitualmente una decisión voluntaria (que incluso las normas actuales en materia de protección social tienden a retrasar, incentivando la permanencia en activo más allá de la edad pensionable<sup>12</sup>), por lo que el riesgo de la falta de rentabilidad temporal de la contratación o de la promoción del trabajador maduro puede obviarse con

<sup>11</sup> Sería como si se aceptara la exclusión de la contratación de mujeres jóvenes, casadas o unidas de hecho de forma estable, y en edad de tener hijos, debido al coste empresarial (organizativo, económico) que las posibles futuras bajas por maternidad pudieran ocasionar; o como si se excluyera de los programas formativos de las empresas a los nacionales de otros países por no tener garantía de que permanecerán en la empresa dada la mayor hipotética proclividad para retornar a su país de origen.

<sup>12</sup> Un ejemplo se encuentra en el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, que deroga la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, referida a la jubilación forzosa.

compromisos de permanencia o de retraso de la jubilación. En definitiva, un tipo de eventualidad y de exigencia puramente económica, por otra parte no probada sino meramente supuesta, a la que se pretende subordinar (sin la razonabilidad que le proporcionarían la matización y la adecuación de la misma a las características individuales del trabajador y al contexto de la empresa), las expectativas y los derechos laborales del trabajador. Una preocupación que, cuando se trata de trabajadores jóvenes, no parece intranquilizar en igual medida a las empresas las cuales arriesgan inversiones formativas en este tipo de trabajadores que, precisamente por su mayor movilidad profesional, tienen una mayor tendencia a abandonar la empresa en respuesta a otras ofertas mejores.

Como ya se ha apuntado antes, la naturalidad con que la Directiva acepta estas diferencias de trato por razón de edad, sobre todo si negativas y en relación con trabajadores maduros, se debe a un tipo de prejuicio o representación mental que establece determinadas asociaciones tópicas que acaban convirtiéndose en verdades normativas aparentemente indiscutibles. Como la de que un trabajador joven está mejor formado, tiene conocimientos de base más actuales y flexibles, está más predispuesto a la adquisición de nuevos saberes para los que tiene un bagaje formativo más adecuado, es más receptivo a las innovaciones tecnológicas, soporta mejor desde el punto de vista de la adaptación los cambios organizativos conservando o incluso incrementando su productividad, está más imbuido del espíritu de empresa al ser más sensible a la competitividad y al progreso personal, está más dispuesto a adecuar otros aspectos de su vida a las exigencias de tiempo, movilidad y cambio de las empresas, tolera con mayor naturalidad la imposición de órdenes y directivas, o es, en fin, más innovador, imaginativo y dinámico. Son tópicos extendidos que, por otra parte, no precisan dónde está la frontera de la juventud; cada vez más amplia y movable, si se tiene en consideración las medidas de favorecimiento del empleo que manejan edades desde los dieciséis a los treinta años, o si lo que se pretende es referirse a un trabajador en plenitud productiva para lo que se usan edades (aunque también depende de cada tipo de profesión) comprendidas en la década de los treinta.

Los prejuicios citados se acentúan, y se expresan más frontalmente con toda su carga discriminatoria, cuando se hace referencia al perfil laboral o profesional de los trabajadores de edad madura. Una edad, por cierto, igualmente indeterminada que se fija más en función del porcentaje de expulsados, de forma definitiva (jubilaciones anticipadas, prejubilaciones) o permanente (desempleados de larga duración) del mercado de trabajo<sup>13</sup>, y que se hace comenzar ya entre los cuarenta y los cuarenta y cinco años. Según ese tipo de enfoque, el cumplimiento de la edad se asimila a una cierta discapacidad o

<sup>13</sup> Con lo que, paradójicamente, el efecto discriminatorio, expresado en términos de volumen de desocupación de los trabajadores maduros, puede acabar convirtiéndose en el fundamento supuestamente objetivo y legitimador de la propia discriminación

merma ineluctable y progresiva de aptitudes; de forma que, a partir de determinado momento de la vida (el que se entienda como el inicio de la madurez) el trabajador emprende un camino descendente que inevitablemente se jalona por la pérdida paulatina de facultades físicas e intelectuales, por la progresiva obsolescencia de sus conocimientos, por el incremento de las rigideces y resistencias personales, incapacidades en fin, para el cambio y la innovación, para el conocimiento y el aprendizaje. Como se ha dicho, se trata de un estereotipo cultural no basado en constataciones científicas indiscutibles<sup>14</sup>, que identifica la edad como incapacidad y como factor de inempleabilidad que convierte a priori a los trabajadores maduros en sujetos poco productivos, con competencias profesionales obsoletas; lo que justifica el rechazo empresarial a su utilización y, si ocupados, su depreciación laboral (que se traduce en la postergación) o la presión para provocar su jubilación o retiro anticipado.

Así lo constata, con tono crítico, el Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea, de 19 de octubre de 2000, acerca de los trabajadores de edad avanzada<sup>15</sup>, juzgando dicho planteamiento como "poco solidario y discriminatorio" y la causa, entre otros factores, del preocupante índice de desempleo entre los trabajadores mayores. Un juicio que le lleva a proponer, entre una serie de medidas orientadas a favorecer la empleabilidad de los trabajadores de edad avanzada (tales como el cambio de mentalidad al respecto, unas políticas adecuadas de contratación y de incentivos para el empleo de dichos trabajadores o una gestión preventiva del deterioro profesional mediante acciones formativas debidamente planificadas), la prohibición de las ofertas de empleo limitadas por edad. Una propuesta igual a la que se contiene, entre otras, en el Documento, elaborado en 1998 por la Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales de la Comunidad Europea, acerca de las medidas de apoyo al empleo de los trabajadores de edad madura<sup>16</sup>,

<sup>14</sup> En este sentido, P D'AVEZIES. "L'évolution de l'état fonctionnel de l'homme en fonction de l'âge et ses conséquences sur l'activité du travail", entendiendo que sólo puede aceptarse que la edad expresa esa reducción de aptitudes cuando se trata de exigencias profesionales básicamente físicas y desproporcionadas en razón de la edad o cuando se exigen labores en las que no han de utilizarse la experiencia o los saberes acumulados; en una línea semejante, rechazando la identificación de la edad con la discapacidad o la cercanía a la edad de jubilación como expresiva de una reducción de las aptitudes intelectuales, y reclamando, en cambio, la revalorización de la experiencia y del dominio del oficio, S. DROIT, F. GUERIN, D. LOCHOUARN y B. MOTTE. "Le vieillissements au travail: projet pour l'élaboration d'une problématique". Ambos trabajos en el volumen colectivo *Les vieillissements dans le travail*. Actas del coloquio europeo celebrado el 12 de junio de 1991. Fundación para la mejora de las condiciones de vida y trabajo. Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1992, págs. 31 y ss.

<sup>15</sup> CES(2000) 1185 de 19.10.2000, 20 pp. (DOCE, Serie C 14, de 16.01.2001, págs. 50-62.

<sup>16</sup> *Projects assisting older workers in European countries: a review of findings of Eurowork age*. Employment & European Social Fund. Publicaciones de la Comisión Europea, Luxemburgo, 1998.

para el que la estigmatización de la edad desde el punto de vista de la ocupación, la discriminación habitual de los trabajadores de edad mayores y la limitación del acceso de los mismos a ciertas actividades, deberían evitarse suprimiendo o revisando críticamente las barreras de edad para la contratación, la promoción o la formación. Se trata, en fin, de conclusiones que reiteran lo expresado, también en 1998, por la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo<sup>17</sup>, en aplicación de una Resolución del Consejo Europeo sobre el empleo de los trabajadores de edad madura y que, al margen de otras acciones preventivas, de concienciación cultural, de incentivo y formativas, aboga por: la lucha contra las barreras directas o indirectas por razón de edad; por la necesidad de prevenir prácticas discriminatorias basadas en esta circunstancia para lo que sugiere un examen detallado de los métodos de contratación para analizar si el requisito de edad se utiliza justificada y adecuadamente; por la supresión de las exigencias limitativas de ciertas edades en los anuncios de empleo; por la eliminación del requisito de una determinada edad para las ofertas formativas o, en su caso, por orientarlas específicamente para los trabajadores en edad madura; y, finalmente, por la evitación de toda discriminación indirecta por la misma causa<sup>18</sup>.

La negativa a identificar edad con incapacidad se encuentra, por otra parte y en el ámbito nacional, ya en la Sentencia 22/1981, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional, en cuyo fundamento jurídico quinto se argumenta acerca de la presunción de ineptitud habitualmente vinculada al cumplimiento de la edad. Para el Tribunal Constitucional, "dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales (...) no es razonable 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"; dicho de otra forma, la necesidad de singularizar la calificación de incapacidad o ineptitud sobrevenida en razón de las características del sector de actividad, del trabajo concreto, de la empresa y del puesto poniéndolas en relación con las aptitudes y capacidades reales del trabajador, al margen prácticamente de su edad. Concluyendo que "en cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud iuris et de iure carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial". No otra cosa es la fijación de una edad máxima, muy frecuentemente más cercana a la etapa de madurez que a la de finalización de la vida activa, como barrera para acceder al empleo.

<sup>17</sup> En su documento titulado *La lucha contra las barreras de la edad en el empleo*, que aplica y desarrolla lo establecido en la Resolución de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 29 de junio de 1995, relativa al empleo de los trabajadores de edad avanzada (DOCE, Serie C, de 2 de septiembre de 1995)

<sup>18</sup> Sobre estas cuestiones, puede verse A. ARGUESEL y P. ISOUX. "La protection des salariés âgés: effets de seuil, effets en chaîne, effets pervers". *Droit Social* 12/93, p. 942.

Lo que obliga a considerar contraria al derecho constitucional al trabajo, y a la prohibición de discriminación del art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, dicha fijación de edad, salvo que obedezca a una fundamentación concreta (derivada del análisis del puesto y de sus requerimientos) y a una constatación, cuando menos en términos de mayoría o de normalidad, de que la edad máxima fijada es la adecuada por cuanto a partir de ella, y no de otra superior, las posibilidades de desempeño correcto del trabajo se reducen sensiblemente o de forma generalizada, siendo excepcional que una persona con una edad superior tenga la capacidad requerida y las aptitudes, físicas e intelectuales, necesarias.

Este resquicio para el establecimiento de una edad máxima para la contratación (o para la promoción, la formación o la conservación del puesto de trabajo) es evidente que puede existir. Como dice el Tribunal Constitucional en la Sentencia referida, *"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"* que es, en consecuencia, la que puede funcionar como barrera. Pero, para llegar a esa conclusión es preciso probar que, de una parte, esas condiciones físicas o psíquicas son verdaderamente exigibles; es más, que son imprescindibles y centrales para el desempeño correcto del puesto; que su carencia o disminución no puede compensarse, y aun mejorarse, con otras aptitudes o habilidades tanto del trabajador concreto como derivadas, de la misma forma general que la incapacidad, del cumplimiento de la edad; y que esa carencia o disminución repercute de forma directa y sensible en la productividad y eficiencia del trabajo. Pero para que este juicio sea objetivo y no sesgado, es imprescindible aplicar aquí las prevenciones que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha afirmado en materia de discriminación por razón de sexo, respecto del uso de criterios no discriminatorios en la valoración de los puestos de trabajo.

En concreto, la Sentencia 237/85, de 1 de julio de 1986 (Asunto Rummler), en la que se pone en guardia acerca de la práctica de basarse *"sobre valores correspondientes a características medias de los trabajadores de un solo sexo"* (de una cierta edad, podría decirse aquí) *"para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo, ocasiona una fatiga o es físicamente penoso"*; lo que constituiría una discriminación fundada en el sexo (o en la edad). Más aún, la Sentencia exige que *"para que un sistema de clasificación profesional no resulte discriminatorio en su conjunto, debe tomar en consideración, en la medida en que la naturaleza de las tareas a cumplir en la empresa lo permitan, criterios para los cuales los trabajadores de cada sexo (podría decirse, con independencia de la edad) son susceptibles de presentar aptitudes particulares"*. Insistiendo, finalmente, en que si bien la norma comunitaria no se opone a que el sistema de clasificación profesional (o el tipo de empleo, para acceder al mismo) recurra a criterios de esfuerzo, fatiga muscular o grado de penosidad del trabajo (circunstancias que, en el estereotipo, afectan más o son impeditivas para mujeres y personas de edad), *"si, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones, el trabajo a desarrollar exige efectivamente una cierta*

*utilización de fuerza física, a condición de que, mediante la toma en consideración de otros criterios (en el caso de la edad, los asociados a una mayor tales como experiencia, sentido de responsabilidad, previsión) se llegue al resultado de excluir, en su conjunto, toda discriminación fundada en el sexo"* (o en la edad)<sup>19</sup>.

En conclusión, la conclusión a la que llega el Tribunal de Luxemburgo es la de rechazar el uso de criterios de definición o de precisión de las exigencias profesionales del puesto de trabajo y del tipo de ocupación prevalentemente marcados por la diferenciación sexual; un rechazo que puede proyectarse sin dificultad y en lo que aquí interesa hacia el recurso a criterios y requerimientos profesionales marcados, de forma sesgada, por la edad. También establece el Tribunal la exigencia de utilizar, para evitar la discriminación, otros rasgos no sexualizados (o no atribuidos o repartidos por edades, podría decirse) que compensen el peso de las facultades inevitable e indiscutiblemente vinculadas al sexo (o a la edad). Y, con mayor razón si cabe, en este último caso, ya que las fronteras entre la edad adecuada y la que ya no lo es, no es tan neta (como la del sexo) y en cambio es tiende a ser arbitraria salvo si establecida en los extremos del arco de edad posible<sup>20</sup>.

#### 4. DISCRIMINACIÓN POR EDAD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Como ya se ha indicado, el art. 3.3 de la Directiva establece que no se aplicará a los pagos realizados por regímenes públicos o asimilados, incorporando expresamente en esta exclusión a los *"regímenes públicos de seguridad social o de protección social"*. Esta delimitación negativa del ámbito de aplicación de la Directiva significa que la edad, desde la perspectiva discriminatoria, no se tiene en cuenta en el terreno de la protección social en el ámbito comunitario; salvo las exigencias, indirectas o repartidas por edades, que pudieran derivarse del art. 13 del TCE y de la interpretación y aplicación que del mismo pueda hacer el Tribunal de Justicia.

Pese a esta exclusión temática, la Directiva hace una significativa salvedad, llamativa y paradójica puesto que se refiere a una materia que expresamente ha renunciado a regular, en el sentido de establecer 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*

<sup>19</sup> También, en un sentido semejante, la Sentencia 109/88, de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss

<sup>20</sup> Acogiendo y aplicando, en cuanto a la discriminación por razón de sexo, las tesis y el tipo de argumentación del Tribunal de Justicia de las Comunidades, pueden verse las Sentencias del Tribunal Constitucional, 145/1991, 58/1994 y 145/1995, ente otras.

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 discriminación por razón de sexo". En definitiva, pese a que el terreno de la protección social queda al margen de los objetivos de la Directiva, ésta, en todo caso, se esfuerza en subrayar que, en lo que se refiere a las pensiones de jubilación e invalidez, los regímenes profesionales de seguridad social podrán fijar edades distintas para acceder a estas prestaciones según el tipo de trabajador o las categorías o colectivos de trabajadores. E igualmente que, para los cálculos actuariales de dichas prestaciones, conforme a los cuales se exigen determinados períodos de carencia, cotizaciones específicas o se fijan las cuantías de las prestaciones, podrán los sistemas de seguridad social, naturalmente en el marco de los regímenes profesionales, utilizar edades distintas o proyectar diferentes consecuencias de requisitos o prestaciones, según las edades consideradas; siempre, se subraya poniendo un freno a la diferenciación, que "ello no suponga discriminaciones por razón de sexo".

Lo anterior quiere decir, en primer lugar, que la Directiva sólo habilita discriminaciones en lo que hace a los regímenes profesionales, esto es, los que proporcionan una cobertura en razón del desempeño de una actividad profesional<sup>21</sup>. Regímenes que pueden identificarse según las reglas de adscripción o afiliación (a partir del desempeño del trabajo y mientras dure), a tenor de las formas de contribución financiera (calculadas sobre salarios o ingresos), en función de las contingencias protegidas (vinculadas a la prestación de dicha actividad y frente al fin o el fracaso de la misma), y de la naturaleza de las prestaciones económicas (sustitutivas del ingreso o salario perdido). Identificados los regímenes profesionales (lo que excluye los de base asistencial o no contributiva, según prueba de recursos y atribuyendo prestaciones tendencialmente uniformes) sólo en éstos de tipo profesional las discriminaciones por edad están abiertamente permitidas por la Directiva. Lo que no significa que no lo estén en los demás (aunque seguramente sea así dada la dificultad de justificar el trato diferente en esos otros regímenes), sino que la Directiva no se pronuncia al respecto; o, al menos, que estas últimas discriminaciones, de existir, no gozarán de la presunción de justificación o razonabilidad que el art. 6 de la Directiva proporciona a las que tienen lugar en el ámbito de los regímenes profesionales. Todavía dentro de los regímenes profesionales, las discriminaciones por edad expresamente toleradas no se refieren a todo tipo de prestaciones sino sólo a las de carácter permanente o vitalicio (pensiones), y, dentro de ellas, a las de jubilación e invalidez (incapacidad permanente en la terminología legal española).

<sup>21</sup> El concepto de régimen profesional de seguridad social para la normativa comunitaria se encuentra en la aplicación combinada de los 2 y 3 de la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, y el art. 2 de la Directiva 68/378, de 24 de julio de 1986, ambas referidas a la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social, siendo la segunda la relativa a los regímenes profesionales.

Esas posibles, y legítimas, discriminaciones, tanto pueden consistir en fijar directamente edades distintas de la general y entre sí, según el tipo de trabajo o trabajadores, la actividad, el sector, o el colectivo; y también, o a la vez, en usar la edad para aplicar o exigir requisitos diferentes que acaben influyendo en el acceso a la pensión de jubilación o invalidez (una carencia o periodo previo de cotización adaptado y variable según las edades), o en el cálculo de la cuantía de la misma.

La razón de estas excepciones se encuentra en la naturaleza de la prestación de que se trata: una pensión, es decir, de carácter permanente y extendida en el tiempo que viene a sustituir a la actividad profesional y, sobre todo, el ingreso derivado de ella. Este tipo de prestaciones exigen normalmente un período previo sustancioso de cotización o de carencia, que es indicativo, además, del tiempo de desempeño de la actividad y de la profesionalidad así como índice de las aportaciones financieras al sistema público y que repercute directamente en la cuantía de la prestación. Finalmente, y sobre todo en el caso de la jubilación, aunque también a veces en el de la invalidez, la edad juega un papel fundamental ya que se define como requisito imprescindible para causar derecho, junto con otros requisitos, a la pensión pertinente; la edad es aquí la frontera de la protección y de aquí su relevancia.

Pues bien, teniendo presente lo anterior, pueden resultar justificadas y razonables medidas de diferenciación por razón de la edad. Por ejemplo, fijando edades distintas de jubilación; lo que sería explicable en referencia a profesiones particularmente penosas o en las que los requerimientos de tipo físico aconsejan permitir que los trabajadores se jubilen a una edad inferior a la habitual en el sistema (mineros, profesiones arriesgadas relacionadas con el espectáculo, seguridad, vigilancia y policía, fuerzas armadas). Por ejemplo, también, estableciendo edades mínimas para obtener la pensión de jubilación, o a algunos de los grados o cualificaciones de la invalidez (el caso de la incapacidad permanente total cualificada en el ordenamiento español, a la que se accede automáticamente a partir de los 55 años), porque no se entienda justificado garantizar, aunque sea con una cuantía mínima, unos recursos permanentes a quien, por edad, puede reciclarse profesionalmente con más facilidad o buscar otro empleo. Igualmente, y considerando ahora las dificultades para reunir el periodo de cotización o de carencia, favorecer exigencias más reducidas por edad como es el caso de la que opera, en la Seguridad Social española, para obtener la incapacidad permanente por contingencias comunes para los trabajadores menores de veintiséis años; o permitir el paso de la incapacidad a la jubilación, con carencias previas menores o computables como tales, a quienes se invalidaron antes de una cierta edad teniendo mayores dificultades para reunir tales períodos de cotización. O, en fin, establecer coeficientes correctores según edad, de las prestaciones por jubilación anticipada, por la edad en la que se accede a la pensión de incapacidad o en razón de la reducción objetiva del ciclo vital profesional debido a la dureza del trabajo. O aceptar, o rechazar, cómputos estimados de tiempo de cotización según la edad, diferente a su vez, con la que se accede a la pensión de jubilación, o de invalidez.

Son ejemplos variados, todos ellos razonables dada la complejidad de los sistemas de protección y los condicionamientos sociales, económicos y de empleo que pesan sobre él, que ponen de manifiesto que la salvedad de la Directiva encontrará sin duda muchos referentes y posibilidades de aplicación. Baste como botón de muestra, en el caso español, la justificación alegada por la Sentencia 184/1993, de 31 de mayo, acerca de la exigencia de una cierta edad mínima (45 años, ahora ya suprimida) para acceder a la pensión de invalidez en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos<sup>22</sup>. Como ya he sostenido en otro lugar donde la Sentencia citada se analiza a fondo<sup>23</sup>, para el Tribunal Constitucional, en materia de Seguridad Social, las desigualdades de tratamiento en lo referente a organización, financiación, requisitos para el surgimiento del derecho, tipo y calidad de las prestaciones, etc., son diferencias que suelen encontrar justificación en un amplio abanico de razones. En unos casos serán las condiciones productivas, en otros las diferencias entre regímenes, en otros, en fin, las diversas funciones que, para cada colectivo profesional, pueden cumplir prestaciones aparentemente iguales. Y, por encima de todo, dos argumentos, las disponibilidades económicas y la libertad de configuración de parte del legislador que acaban resumiéndose en uno: el que el sistema de protección social es un sistema de configuración predominantemente legal y que, en consecuencia, corresponde a las opciones de política legislativa el ordenar el sistema y el establecer sus rasgos en cada momento histórico. En este contexto, la introducción de diferencias por edades respecto de las pensiones de jubilación o incapacidad permanente no encontrará particulares dificultades, siempre se justifique de forma elemental.

Cuestión distinta es la prohibición del art. 6.2 de la Directiva de una diferencia por edades, en materia de Seguridad Social (y más concretamente, en cuanto a las pensiones de jubilación e incapacidad) si ello constituye una discriminación por razón de sexo. Se trata, como puede comprobarse inmediatamente, de una excepción de la excepción. Como se ha dicho, la regla general de la Directiva 2000/78 es la prohibición de discriminación por razón de edad; salvo en materia de pensiones de la seguridad social, respecto de las cuales las diferencias por edades, si razonablemente justificadas, están permitidas con carácter amplio. Sólo que esta permisividad se vuelve de nuevo prohibición cuando introduce discriminaciones entre sexos; esto es, que las diferencias por edades en las pensiones de seguridad social son (vuelven a ser, podría decirse) discriminatorias sólo cuando el factor diferenciador real es el sexo y no alguno de los motivos aceptables, antes señalados, relacionados con los rasgos y el funcionamiento de los sistemas de protección social. Una prohibición, por otra

<sup>22</sup> Sobre el mismo tema, la Sentencia del Tribunal Constitucional 356/1993, de 29 de noviembre

<sup>23</sup> "Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto", en el volumen colectivo *Jurisprudencia Constitucional Social (1991-1999)*. Edit. Mergablum, Sevilla, 1999, págs.167 y ss.

parte, particularmente problemática, si se parte de la base de que precisamente la edad se ha utilizado con frecuencia para diferenciar por sexo en el terreno de la seguridad social en beneficio de las mujeres trabajadoras dadas sus mayores dificultades para incorporarse al mercado de trabajo y para permanecer en él de forma continua y durante amplios espacios de tiempo debido a las interferencias entre vida la vida familiar y profesional; con repercusiones evidentemente negativas para la carrera de aseguramiento dentro de los regímenes profesionales.

Se trata de tratamientos diferentes y más favorables para la mujer trabajadora (edad más reducida para acceder a la pensión de jubilación en la modalidad que sea, atribución de cotizaciones sólo formales para facilitar el cumplimiento de la carencia, o cálculos particulares y distintos de las cuantías de las prestaciones) que han sido tolerados por las normas comunitarias, en concreto por las Directivas, ya citadas, 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de seguridad social, y por la Directiva 86/378, de 24 de julio de 1986, en relación con la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. En ambos casos el objetivo de las Directivas consiste en garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad. Ya se trate de regímenes generales o profesionales<sup>24</sup> y en relación con ciertas prestaciones asociadas a la enfermedad, la invalidez, la vejez, los accidentes laborales y enfermedades profesionales y el desempleo; y, en el caso de los regímenes profesionales, también respecto de las jubilaciones anticipadas o de las prestaciones sociales si van a cargo de la empresa.

Sólo que, en ambas normas, se incluyen salvedades que permiten a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de las Directivas (dicho de otra forma, conservar las diferencias por motivo del sexo en el terreno de la Seguridad Social) ciertas materias o aspectos de la regulación. En concreto, y entre otros, "la fijación de la edad de jubilación para la consecución de las pensiones de vejez y jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones"; "las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos"; "la concesión de derechos a prestaciones de vejez e invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa" (art. 7 de la Directiva 79/7). Cuestiones parecidas a las que la Directiva 86/378 se remite para permitir, igualmente aunque en relación con los trabajadores autónomos, diferencias de trato basadas en el sexo: edades para las pensiones de vejez y jubilación, pensiones de supervivencia, cálculos actuariales (art. 9).

<sup>24</sup> Considerándose tales regímenes profesionales los que, al margen de los generales o legales cuyas prestaciones completan o sustituyen, se crean en el marco de una empresa o grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional; tales regímenes pueden ser tanto obligatorios como voluntarios (art. 2 de la Directiva 86/378).

Es cierto, no obstante, que las excepciones citadas (esto es, permitir diferencias entre sexos conectadas, en el ámbito de seguridad social, sea con la edad para acceder a las prestaciones sea con otros aspectos de la dinámica prescricional) se aceptan con la condición de su supresión en un plazo breve. Por este motivo, la Directiva 79/7 incluye en su propio título ese propósito, al denominarse "relativa a la aplicación *progresiva* del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres", y recuerda a los Estados miembros su obligación de examinar las materias en las que la Directiva acepta diferencias entre sexos (entre ellas, las edades de jubilación) "a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata" (art. 7.2), así como impone a dichos Estados el deber de informar a la Comisión de las razones que justifiquen el eventual mantenimiento de esas exclusiones y de las posibilidades de su revisión (art. 8.2). Por lo que hace a la Directiva 86/378, la afirmación del principio de igualdad de trato es mucho más tajante, incluyendo un listado de disposiciones contrarias a la igualdad de trato, entre las que se encuentran expresamente el "establecer normas diferentes en lo que se refiere a la edad de entrada en un régimen o a la duración mínima de empleo o de afiliación al régimen para la obtención de las prestaciones correspondientes", o "imponer edades diferentes de jubilación" (art. 6.1, letras c) y e).

Ante la necesidad de coordinar lo establecido en estas Directivas con el mandato de la Directiva 2000/78, la solución sólo puede ser la siguiente. La edad puede seguir funcionando, en el terreno de la seguridad social (aunque sólo para las pensiones de invalidez y jubilación en los regímenes profesionales), como factor de diferenciación; siempre, lógicamente, que esa diferencia de trato se justifique adecuadamente y se fundamente razonablemente en la propia lógica de funcionamiento de los sistemas de protección social. Lo que no será difícil, si se parte de la base de que el art. 6 de la Directiva 2000/78 viene a establecer una especie de presunción o autorización al establecimiento de esas diferencias basadas en la edad. Pero, a la vez que tolera estas diferencias por edad, el mismo art. 6 las prohíbe en el ámbito de la seguridad social si a la vez constituyen diferencias o discriminaciones por razón de sexo.

Para contrastar qué son esas discriminaciones por razón de sexo en el terreno de la seguridad social es necesario acudir a las Directivas 79/7 y 86/378, para las cuales, en principio, todo trato distinto respecto de la edad (para acceder a las prestaciones, para beneficiarse de ciertos tipos de cálculos o reglas de carencia) entre sexos es contrario a la igualdad de trato y debe ser eliminado. Hasta este punto la coincidencia entre las tres Directivas es plena. Sólo que, como se ha dicho, las Directivas 79/7 y 86/378 permiten el mantenimiento (aunque para su supresión progresiva) de diferencias de trato entre sexos que se manifiestan en la edad; mucho más abiertas en la primera de las Directivas (de la que ya han transcurrido veinte años), más cerradas (prácticamente sólo referidas a los trabajadores autónomos) en la segunda de ellas que, además, incluye una relación de disposiciones contrarias a la igualdad entre las que figura el recurso a la edad para diferenciar entre sexos en la seguridad social. En todo

caso, esta segunda Directiva, por ejemplo, tolera diferencias en las edades de jubilación y en el acceso a las pensiones por esta causa hasta que "una Directiva imponga dicha igualdad" (art. 9).

Por todo lo anterior, puede llegarse a dos conclusiones alternativas. O que la Directiva 2000/78 ha dado por finalizado el periodo y la vigencia de las normas que permitían establecer diferencias de trato en cuanto a la edad y entre sexos<sup>25</sup>; de forma que la edad sólo puede jugar como factor de diferenciación (lo tolera, recuérdese el art. 6 de la Directiva) siempre que no afecte o constituya una discriminación entre sexos; no existiendo ya ninguna posible causa de justificación para este trato por cuanto las Directivas de igualdad en seguridad social expresamente consideran esas diferencias como discriminatorias y las rechazan de manera plena<sup>26</sup>. O bien, que, la Directiva 2000/78, aun prohibiendo las diferencias por edades según sexos, se remite a la regulación vigente en las Directivas 79/7 y 86/378, no habiendo alterado sus previsiones que aún permiten, con todas las restricciones pensables, la pervivencia, no la creación ex novo, de las diferencias mencionadas; al menos de las existentes que podrán subsistir hasta que el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social, el contexto social y las formas de funcionamiento permitan su supresión. Dada lo radical de la primer alternativa y a la vista de la Jurisprudencia en este tema, esta segunda parece que será la opción a elegir, aunque signifique la pervivencia de una discriminación teóricamente prohibida.

## 5. UN CASO DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR RAZÓN DE LA EDAD

Para finalizar este trabajo y volviendo al tema de la discriminación en el empleo, se analiza brevemente un asunto abordado por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de diciembre de 1999, a partir de una demanda interpuesta por el sindicato "Comisión de Trabajadores de Aviación" ante la Audiencia Nacional, respecto de una convocatoria de plazas de tripulantes de

<sup>25</sup> Fin que tendría lugar, naturalmente, al acabar el plazo de transposición de la Directiva que, en materia de edad es, como se ha dicho, de seis años.

<sup>26</sup> Sobre estos temas puede verse, M.A. ESTEVE SEGARRA. "La fijación de edades de jubilación distintas por razón de sexo en el derecho comunitario", *Documentación Laboral*, 55/1998, I, págs. 65 y ss. En cuanto a la Jurisprudencia comunitaria al respecto, ha seguido una línea interpretativa consistente en restringir los supuestos en los que la discriminación en cuanto a la edad entre sexos en materia de seguridad social se tolera con base en la Directiva 79/7 (Sentencia de 23 de mayo de 2000, asunto 104/98, Buchner); o bien, en permitir las diferencias sólo en cuanto a los aspectos de la regulación estrictamente ligados a la fijación de edades diferentes, aunque ello pueda ser finalmente menor favorable para la mujer (Sentencia de 30 de abril de 1998, asuntos acumulados 377/96 a 384/96, De Vriendt y Sentencia de 30 de enero de 1997, asunto 139/95, Balestra).

cabina para la empresa de transporte aéreo "Iberia LAE S.A.". Dicha demanda solicitaba la declaración de nulidad de la convocatoria por considerar que vulneraba el principio constitucional de igualdad y no discriminación debido a la inclusión en la misma, como requisitos básicos, de la exigencia de una determinada edad entre un mínimo y máximo, una concreta estatura según el sexo igualmente entre un mínimo y máximo según sexo, no padecer deficiencias importantes de visión y tener una imagen personal calificada por la convocatoria como "adecuada". Rechazada la demanda por la Audiencia Nacional, el sindicato impugnante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo el cual desestimó igualmente el recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional. Aunque todos los requisitos exigidos por la empresa en la convocatoria están relacionados, obviamente interesa detenerse aquí en el referido a la edad.

En concreto, la convocatoria exigía tener una edad comprendida entre los dieciocho y los veinticinco años; lo que significaba la exclusión tanto de los trabajadores de menor edad (de dieciséis a dieciocho años), como, sobre todo, de los trabajadores con edades superiores a los veinticinco años (difícilmente calificables como trabajadores de edad madura); siendo, en definitiva, una convocatoria de empleo reservada a trabajadores jóvenes, entre dieciocho y veinticinco años, sin que en principio existieran razones (que no se alegan por la empresa y no se argumentan por la Sentencia) relacionadas con el aprendizaje y la inserción profesional.

Poco puede objetarse a la exigencia de una edad mínima, establecida en los dieciocho años ya que, por debajo de ella, se trata de edades en las que no se tiene plena capacidad de obrar, la laboral está limitada o necesitada de complemento, y el sujeto se encuentra en una evidente fase de formación, de preparación profesional y de incremento de la madurez y la independencia personal que justifica sobradamente la exclusión de la convocatoria. En todo caso, la edad mínima para concurrir a la convocatoria es lo suficientemente baja como para sostener que la exclusión está motivada, es razonable y dotada de las dosis suficientes de proporcionalidad y adecuación. En realidad, donde las limitaciones por edad impuestas por la empresa juegan un papel decisivo es en relación con los trabajadores que superan el tope máximo (los veinticinco años) y a los que indiscutiblemente es incorrecto calificar como trabajadores maduros o de edad avanzada. Pues bien, al ser tan baja la edad tope o máxima difícilmente pueden valer aquí los argumentos que suelen justificar la exclusión de la contratación de los trabajadores mayores.

No vale decir que los trabajadores mayores de veinticinco años no están en disposición de iniciar un aprendizaje profesional, cuando el Estatuto de los Trabajadores permite concluir un contrato de trabajo en formación hasta los años de esa edad e incluso, tras el Real Decreto-Ley de marzo de 2001, es posible superarla sin límite en muchos casos; lo que no puede sino interpretarse en el sentido de que la capacidad de aprendizaje se juzga por el legislador español como sólo relativamente determinada por la edad, siendo secundaria la que se tenga a efectos de iniciar un proceso de formación plena como se prevé

en el contrato de formación. Algo semejante, la irrelevancia de la edad, puede sostenerse cuando el contrato de trabajo en prácticas no establece ninguna edad límite, marcando el espacio temporal del aprendizaje práctico a partir de la obtención del título profesional y de la adquisición de los conocimientos teóricos. O también, en fin cuando la realidad social demuestra que la incorporación efectiva al mercado de trabajo, en actividades con una mínima exigencia formativa, tiene lugar a partir precisamente de esa edad que la convocatoria de la empresa establece como tope máximo.

Con esa edad límite de veinticinco años tampoco puede seriamente argumentarse que, por el hecho de la edad, los candidatos mayores carecen de las capacidades personales, físicas o intelectuales, necesarias para soportar todo tipo de esfuerzos y requerimientos del trabajo ya que ni siquiera han iniciado la década que, hoy por hoy, se considera de plenitud de la productividad y de la rentabilidad del esfuerzo personal. A esta conclusión ha de llegarse necesariamente por mucho que se quieran forzar las exigencias del trabajo y las particularidades del puesto o de la profesión; a esas edades, y aun en muchas por encima del tope, lo verdaderamente relevante es la formación y las aptitudes personales, mucho más que el estado de salud o la capacidad física y psíquica que, estadísticamente incluso, estará siempre más cerca de la normalidad. Y mucho menos puede sostenerse que, por encima de veinticinco años, no habrá tiempo para rentabilizar, antes de la jubilación o de la retirada definitiva del mercado de trabajo, las inversiones empresariales en formación o experiencia que el propio trabajo proporciona.

Deben añadirse, además, consideraciones específicas atinentes al caso concreto, como las alegadas por la demanda, en el sentido de que, en la misma empresa, personas con edades superiores han pasado a desempeñar funciones de auxiliar de vuelo. Sin que sea en absoluto convincente la contraargumentación del Tribunal Supremo que justifica esta circunstancia, y le resta valor comparativo, en el hecho de que esas personas tenían "antigüedades administrativas en la empresa anteriores" (sic); ya que si la edad es una frontera de la capacidad profesional, el ser ya trabajador de la empresa antes del cumplimiento de la misma, pero en otra actividad diversa, no sirve como justificación para no aplicar a quienes ya son trabajadores barreras de edad que sí se proyectan sobre quienes aspiran a serlo. Incluso la exigencia de la edad máxima no se pone en conexión con la duración de la vida activa como auxiliar de vuelo, siendo así que la misma Sentencia acepta como hecho probado que la edad media de la plantilla de auxiliares de vuelo es de algo más de cuarenta años, sin que la empresa haya procedido a despedir por ineptitud sobrevenida ni a cambiar de puesto de trabajo por falta de productividad a todos los trabajadores que, habiendo iniciado antes la actividad profesional, superaran esa edad. Este dato, además, demuestra que, en general, la duración, a pleno rendimiento, de la vida activa de un auxiliar de vuelo, a partir de los veinticinco años que se fijan como barrera de entrada, será de casi quince años; tiempo que, por su parte, el Convenio Colectivo establece como suficiente para el cese voluntario en la actividad, pudiendo elegir el trabajador el pase a servicios de tierra o incluso la baja indemnizada en la empresa.

Un tiempo promedio más que bastante de actividad para hacer injustificable la restricción a los menores de veinticinco años, si se tiene en cuenta además, por ejemplo, que es el tiempo de carencia mínima que el sistema de Seguridad Social exige para tener derecho a una pensión de jubilación. Finalmente, no puede obviarse la contradicción existente entre este declarado propósito, casi necesidad insoslayable parece, de la empresa, de fijar una edad máxima para el contrato con argumentos que reflexionan sobre la permanencia y la proyección en el tiempo de tal actividad, cuando la convocatoria se hace para cubrir necesidades temporales de tripulantes de cabina. Una confrontación que, sin exageraciones, permite calificar de sarcásticas las argumentaciones empresariales y las de la Sentencia que las acoge; porque si, en general, es dudosa la exigencia de la edad máxima, para una necesidad temporal carece totalmente de justificación. Justamente, en esos momentos, lo que se precisa es alguien en plenitud de capacidades para el desempeño inmediato del puesto y no alguien que, estando dentro del limitado arco de edad fijado, seguramente carezca de experiencia práctica.

Todo lo que se ha venido diciendo lleva a rechazar, y a considerar muy poco fundamentada, la afirmación del Tribunal Supremo en el sentido de que *"la actividad de auxiliar de vuelo requiere notoriamente unas condiciones psico-físicas especiales, dada la singular naturaleza de la actividad aérea derivada del medio y condiciones en que se lleva a cabo (...); o, cuando señala que, "las referidas condiciones del trabajo a llevar a cabo, los desplazamientos, los cambios horarios, la atención al pasaje en todas sus facetas, incluso las que se refieren a situaciones de emergencia o catástrofe, hacen que el requisito de edad constituya una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable, lo que le priva de su carácter discriminatorio"*. El Tribunal no describe, aparte de la referencia al tópico, cuáles son esas tareas cuya singularidad justifica la fijación de la edad máxima para la contratación. Seguramente porque, de hacerlo, comprobaría que esa singularidad no existe más allá de la que pueda predicarse de otras profesiones que exigen tanto o más esfuerzo físico, psíquico o de adaptación, como la hostelería, la representación comercial, el trabajo a turno, la asistencia sanitaria, el transporte en todas sus facetas, el trabajo en el mar y otras muchas más. Lo que, llevado al absurdo pero en la misma línea de argumentación, podría justificar limitaciones máximas de edad en muchas profesiones. Tampoco se molesta mucho el Tribunal Supremo, más allá también de una asociación tónica, en indicar por qué motivo es precisamente la edad de veinticinco años y no otra superior o distinta la que traduce esas exigencias organizativas o productivas. Y, por último, tampoco hace ningún esfuerzo más allá de la mera acumulación de los adjetivos que exigen prueba de su concurrencia real para fijar por qué razón esa concreta edad es un requisito *"objetivo, serio, abstracto y razonable"*; como si el recurso a los términos y su empleo múltiple tuviera un poder taumatúrgico para hacer realidad lo que esos mismos términos exigen.

En realidad, tanto en relación con el requisito de la edad como respecto de los otros que se contienen en la convocatoria (altura, capacidad de visión) lo

que la empresa pretende es, de una parte, rejuvenecer la plantilla (*"es perfectamente justificable, dice la Sentencia, la decisión empresarial de tratar de rejuvenecer la plantilla de auxiliares de vuelo"*); y, de otra, responder a unas exigencias de aspecto o imagen, ciertamente no conectadas de manera directa con exigencias o capacidades de trabajo, elevando a criterio decisivo la opinión de la clientela. Así lo reconoce la propia Sentencia, al aceptar abiertamente que *"la condición o requisito de buena imagen para acceder a las pruebas de acceso (es) de alguna manera compendio de las anteriores y no hay factores relevantes que hagan discriminatoria la exigencia, pues se trata de una empresa privada de servicios que opera en régimen e libre competencia en el sector de líneas aéreas en el que precisamente los tripulantes de cabina o auxiliares de vuelo son quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la compañía que, naturalmente, debe ser buena para poder mantenerse en esa actividad"*.

Se trata de un tipo de argumentación que, aparte lo ya señalado, es criticable por varias razones. En primer lugar, el mensaje contradictorio de que los derechos fundamentales han de respetarse incluso en las relaciones entre privados (qué otro ámbito natural tendría, si no, el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores y toda su larga lista de motivos prohibidos de discriminación en el empleo y la ocupación) para acabar sosteniendo, como argumento a favor de la legitimidad de la convocatoria, que la competencia entre empresas y el hecho de que se trate de una empresa privada de servicios hace más justificable el paquete discriminatorio (por edad, por estado físico, por apariencia) que la convocatoria incorpora. En segundo lugar, la Sentencia concentra en la cuestión de la imagen la justificación de todas las exigencias de la convocatoria. Que podría haber dicho igualmente (hubiera sido más franca y sincera) que sólo podrían pretender acceder al empleo candidatos jóvenes, de una estatura medio-alta, y agradables de aspecto lo que es lo mismo que decir guapos, simpáticos, dinámicos, atractivos, delgados y de conformación física aceptable: una reproducción, en fin, de los cánones de belleza al uso que, tópico es decirlo, obedecen a la imposición de estándares en los que la publicidad y la incitación al consumo juegan un papel decisivo (y negativo, basta recordar lo referente a la conexión entre publicidad y anorexia). Aceptar este tipo de justificaciones constituye una reproducción de modelos sociales agresivos; de esos que expresan y hacen posible las que pueden llamarse nuevas discriminaciones y que afectan a las personas feas, de corta estatura, gruesas o con algún tipo de defecto físico que, siendo no obstante absolutamente competentes en su profesión, se ven relegadas de facto en todas aquellas actividades de prestación de servicios al público. En tercer lugar, la relevancia que la Sentencia concede a la opinión de la clientela. Es ésta una cuestión trascendente que habrá que analizar con más detenimiento para valorar hasta qué punto esa opinión puede convertirse en un criterio decisivo a la hora de justificar la limitación de los derechos fundamentales del trabajador. Pero hay que ponerse en guardia frente a un criterio, de un lado, difícil de establecer con nitidez, basándose muchas veces en meras intuiciones o prejuicios; de otro, particularmente móvil y manipu-

lable; y finalmente, que se ha reflejado como absolutamente intrascendente en muchos casos<sup>27</sup>. Por no mencionar el hecho de que, en una sociedad plural, los modelos de comportamientos y de hábitos sociales no pueden ser reducidos a la uniformidad, so pena de asfixiar ese mismo pluralismo y los derechos fundamentales personales que lo expresan.

Para acabar. La Sentencia del Tribunal Supremo, si se pone en conexión con lo establecido en la Directiva 2000/78, resulta en exceso superficial y despreocupada. No es que, como se ha visto cumplidamente, la Directiva sea un instrumento normativo particularmente exigente o rígido; pero, sin duda, requiere que las diferencias de trato (en este caso, por razón de edad) se justifiquen de manera más exacta y buscando en sus razones los rasgos, repetidamente subrayados, de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación. Y no tanto, como hace el Supremo, teniendo prioritariamente presentes los intereses a los que la discriminación atiende, sino los derechos que limita o lesiona cuya protección es la finalidad de la norma comunitaria.

<sup>27</sup> Merece recordar el conflicto que enfrentó, hace años, a los trabajadores de la banca con sus empresas en razón de la exigencia de estas de que los empleados vistieran con corbata y chaqueta incluso en periodo estival; y que los argumentos empresariales se basaban sobre todo en la imagen de la empresa que, a su juicio, quedaría dañada en cuanto al mensaje de estabilidad, solvencia y seriedad si se permitía a los trabajadores acudir en magas de camisa. O también cómo algunas empresas norteamericanas han decidido alterar las exigencias de vestimenta, cambiando la formal por la más informal, al empuje de las modas o de la necesidad de ofrecer una nueva imagen, en este caso, más juvenil y dinámica

## LA DIRECTIVA 78/2000/CE Y LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZONES IDEOLÓGICAS: UNA AMPLIACIÓN DEL MARCO MATERIAL COMUNITARIO

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad de Huelva*

### EXTRACTO

La expresa prohibición de toda discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación por razones ideológicas o de conciencia establecida en el art. 1 de la Directiva 2000/78 constituye un importante hito en el lento proceso de reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el seno de la Unión. Aunque sea de forma indirecta, esta prohibición representa, con todas las limitaciones que se quiera, un importante paso adelante en esta lenta evolución. El presente trabajo intenta analizar los principales elementos de la mencionada Directiva, deteniéndose fundamentalmente en su ámbito subjetivo y en su campo de aplicación y destacando su indudable conexión en cuanto a técnicas normativas con las directivas y la jurisprudencia comunitaria emanadas en relación con la discriminación por razón de género. Finalmente se analizan en profundidad las posibles excepciones a este principio y, en especial la relativa a las Iglesias y otras entidades u organizaciones de tendencia, destacando la progresiva recepción de este tipo de empleadores en el Derecho comunitario. Y por último se aborda igualmente el impacto que la presente Directiva pudiera tener sobre otras cuestiones ligadas directa o indirectamente a esta cuestión como la objeción de conciencia laboral o los problemas de vestimenta y apariencia exigidos por empresas y que pudieran chocar con las lícitas creencias religiosas asumidas por el trabajador.