

# **LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD EN LA UNIÓN EUROPEA: LA EXPANSIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA**

Por

MILLÁN REQUENA CASANOVA  
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones  
Internacionales  
Universidad de Alicante

Millan.requena@ua.es

*Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013)

**RESUMEN:** El TJUE ha desarrollado una rica jurisprudencia en torno a la edad como causa de discriminación prohibida, si bien con una exclusiva proyección en el ámbito de las relaciones laborales, pues hasta ahora es el único ámbito donde el Consejo ha ejercido la competencia prevista en el art. 19 TFUE en relación con esta causa de discriminación. Tal y como se articula en la Directiva 2000/78, la edad es merecedora de un nivel intermedio de protección, sobre todo en comparación con otras discriminaciones prohibidas por el Derecho de la Unión, como el sexo o la nacionalidad. Ello se debe a la propia redacción de la Directiva 2000/78, que establece un marco general mínimo para luchar contra la discriminación por razón de edad, circunscrito al ámbito del empleo y la ocupación. No obstante, el TJUE aporta importantes precisiones respecto al alcance y la articulación de las causas de justificación de una diferencia de trato basada en la edad, tal y como se establecen en dicha Directiva, así como respecto a ciertos efectos jurídicos de la no discriminación por razón de la edad, especialmente en las relaciones entre particulares. En este sentido, el TJUE ha afirmado la aplicación supletoria e incluso independiente del principio general del Derecho que prohíbe la discriminación por razón de la edad, también en las relaciones horizontales, siempre que la situación litigiosa se englobe dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. La jurisprudencia Mangold/Kücükdeveci confirma con certeza que la Directiva 2000/78 no ha establecido un principio general de no discriminación por razón de la edad, sino que esta norma está destinada a facilitar la aplicación concreta de este principio general del Derecho en el ámbito del empleo y la ocupación, pero sin alterar el contenido ni el alcance jurídico del mismo. Ahora bien, en el Asunto Küçükdeveci el TJUE ha revisado el fundamento de este principio general del Derecho al entender que, a partir de su positivación en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, es ésta la sede desde la que dicho principio despliega sus posibilidades y los límites de su eficacia. Este razonamiento ha sido utilizado por el TJUE para afirmar que otras manifestaciones específicas del principio de no discriminación, como la orientación sexual, también se benefician del estatus de principio general del Derecho de la Unión.

**PALABRAS CLAVE:** prohibición de discriminación por razón de la edad; principio general del Derecho de la Unión; Carta de los Derechos Fundamentales; jurisprudencia del TJUE

**SUMARIO:** I. El principio general de igualdad de trato en el Derecho originario: las causas de discriminación prohibida de nueva generación.- II. La singularidad de la edad como causa de discriminación prohibida en la Directiva 2000/78.- III. La prohibición de discriminación por razón de la edad como principio general del Derecho de la Unión.- IV. A modo de recapitulación.

## **DISCRIMINATION ON GROUNDS OF AGE IN THE EUROPEAN UNION: THE EXTENSION OF THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION THROUGH CASE LAW**

**ABSTRACT:** The ECJ has developed a significant amount of case law on age as a prohibited ground of discrimination, this case law having been so far exclusively reflected in the labour relations field. This is the only field where the Council has exercised the competence set forth in art. 19 of TFEU on this ground of discrimination. Under Directive 2000/78, age is granted an intermediate level of legal protection, especially when compared to other prohibited grounds of discrimination under EU Law, such as sex or nationality. This results from the drafting of Directive 2000/78 itself, which establishes a minimal general framework to fight discrimination on the ground of age, one exclusive to the employment and occupation fields. However, the ECJ provides significant specifications as to the scope and wording of the pleas for unequal treatment on the ground of age, as established in the said Directive. Likewise, the ECJ, details the particular legal effects of non-discrimination on the grounds of age, especially on relations between individuals. In this sense, the ECJ confirms the supplementary, even independent, application of the legal general principle prohibiting discrimination on grounds of age to horizontal relations, provided that the dispute is framed within the EU Law scope of application. The Mangold/Kücükdeveci case law confirms that Directive 2000/78 does not establish a general principle of non-discrimination on grounds of age, but it facilitates the application of this legal General Principle of EU Law to the labour field, without altering the principle's legal content or scope. Yet, in the Küçükdeveci case, the ECJ has reviewed the basis of this General Principle of EU Law, enshrined in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, upon considering the latter the legal framework within which the principle becomes effective. This has been the reasoning provided by the ECJ so as to hold that other specific manifestations of the principle of non-discrimination, as for instance sexual orientation, are granted the status of General Principles of EU Law as well.

**KEY WORDS:** Prohibition of discrimination on grounds of age; General Principle of EU Law; Charter of Fundamental Rights; ECJ case-law.

**SUMMARY:** I. The General Principle of equal treatment under Primary Law: new generation prohibited grounds of discrimination.- II. The singularity of age as a prohibited ground of discrimination in Directive 2000/78.- III. Prohibition of discrimination on grounds of age as a General Principle of EU Law.- IV. Final remarks.

Fecha de recepción: 03/07/2013

Fecha de aceptación: 18/10/2013

### **I. EL PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD DE TRATO EN EL DERECHO ORIGINARIO: LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA DE NUEVA GENERACIÓN**

El principio general de igualdad de trato o de no discriminación fue incorporado en el Derecho Originario con ocasión de la reforma operada con la adopción del Tratado de Ámsterdam, que modificó el antiguo art. 13.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), configurando este principio clásico en torno a dos ámbitos con una clara proyección en el terreno de las relaciones laborales.

Por un lado, el principio de prohibición de discriminación salarial entre mujeres y hombres, formulado ahora en el art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y desarrollado por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>1</sup>. Por otro lado, las prohibiciones específicas mencionadas en el antiguo art. 13 TCE, actual art. 19 TFUE, que habilita al Consejo (con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo) para llevar a cabo acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por una serie de motivos de nueva generación (religión o convicciones, discapacidad, sexo, orientación sexual), entre los que figura la edad. Aunque el art. 19 TFUE tiene una proyección horizontal, hasta la fecha el principio de igualdad de trato ha tenido un desarrollo esencialmente vertical, estando fuertemente vinculado al ámbito laboral. Así, esta disposición se desarrolla, dentro de un contexto laboral, a través de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que trata de establecer un sistema antidiscriminatorio en este concreto ámbito de aplicación<sup>2</sup>. En efecto, la Directiva 2000/78 establece un marco general mínimo para luchar contra la discriminación por diversas razones (entre ellas la edad), si bien circunscrito al ámbito del empleo y de la ocupación. Por ello, de momento, la ocupación y el empleo es el único ámbito donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha podido interpretar la prohibición de discriminación por razón de edad. No obstante, conviene recordar que el art. 19 TFUE no limita la aplicación del principio de igualdad de trato a los aspectos meramente laborales, sino que se proyecta horizontalmente a cualquier ámbito competencial de la Unión Europea<sup>3</sup>.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa sin duda ha reforzado el carácter social de la Unión Europea (UE), no sólo mediante el art. 2 TUE, donde sitúa la no discriminación como uno de los valores en los que se fundamenta la actuación de la UE; sino, sobre todo, a través del art. 10 TFUE, que hace explícita la voluntad de la UE de hacer de la lucha contra la discriminación, incluida la discriminación basada en la edad, un principio transversal que se predica de toda política de la UE. Este marco normativo se completa

---

<sup>1</sup> DO L 204, p. 23.

<sup>2</sup> DO L 303, p. 16. También se ha mantenido en la estricta esfera laboral la Directiva 2006/54, ya citada.

<sup>3</sup> Así, integra este paquete normativo contra la discriminación la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22). Para completar este marco jurídico, la Comisión presentó, el 2 de julio de 2008, una propuesta de Directiva que tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, fuera del contexto laboral [COM(2008) 426 final].

con lo establecido en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que, bajo el título *No discriminación*, enuncia un *principio general de no discriminación* con matices diferenciales respecto al art. 19.1 TFUE<sup>4</sup>. En efecto, a diferencia de lo que dispone el art. 21 de la Carta, el precepto del art. 19 TFUE carece tanto de contenido esencial como de eficacia directa. Ciertamente, el art. 19 TFUE no reconoce un derecho fundamental a la no discriminación sino el establecimiento de una competencia de la Unión para luchar contra los motivos de discriminación que expresamente recoge. A diferencia de la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 18 TFUE) o de género (art. 157 TFUE), los motivos de discriminación previstos en el art. 19 TFUE carecen de eficacia directa<sup>5</sup>, y sólo constituyen una serie de habilitaciones para su desarrollo posterior por el legislador de la Unión. Esta diversidad en la base jurídica provoca que el principio general de igualdad de trato quede fragmentado, en la intensidad y alcance de la protección, en atención al régimen jurídico previsto para cada causa discriminatoria en la correspondiente Directiva de desarrollo.

## **II. LA SINGULARIDAD DE LA EDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDA EN LA DIRECTIVA 2000/78**

El tratamiento normativo de la edad como causa de discriminación prohibida es relativamente reciente en el Derecho de la Unión<sup>6</sup>, sobre todo en comparación con otras

---

<sup>4</sup> El art. 21 de la Carta de la UE dice que: “Se prohíbe *toda discriminación*, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o raciales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Esta formulación comienza estableciendo que se “prohíbe toda discriminación”, presumiblemente por cualquier causa vinculada a una característica personal, puesto que a continuación se limita a ejemplificar algunas de las posibles causas que encuentran conexión (directa o indirecta) con las enumeradas en el art. 19.1 TFUE. La cursiva es nuestra.

<sup>5</sup> Así lo ha ratificado el Tribunal de Primera Instancia (TPI) en el Asunto *Lutz Herrera* al establecer que, de la previsión contenida en el art. 13 TCE (actual art. 19 TFUE), no cabe afirmar que la demandante pueda deducir un derecho de directa invocación ante los tribunales: Sentencia TPI de 28 de octubre de 2004, Asuntos T-219/02 y T-337/02, pár. 89. Véase, sobre esta idea, MANGAS MARTÍN, A., “Art. 21. No discriminación”, en VV.AA. (Dir. Mangas Martín, A.), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pág. 401.

<sup>6</sup> Los límites impuestos a la prohibición de discriminación por razón de la edad fueron destacados por el Abogado General Jacobs en las Conclusiones presentadas en el Asunto C-227/04, *Lindorfer*, al admitir que los límites de edad resultan a menudo “no sólo aceptables, sino claramente beneficiosos, y en ocasiones esenciales” (punto 85). En sus Conclusiones presentadas en este mismo asunto, la Abogada General Sharpston reinterpretó las observaciones realizadas por Jacobs, al señalar que: “no resulta apropiado - ni tampoco posible - aplicar la prohibición de discriminación basada en la edad en este supuesto con el mismo rigor que la prohibición de toda discriminación fundada en el sexo” (punto 76). Por su parte, en las Conclusiones presentadas en el Asunto *Tadao Maruko* (C-267/06), el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer indicó que el derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual posee un “carácter esencial” que le da

causas también prohibidas como la nacionalidad o el género. No obstante, en los últimos años ha sido el motivo que ha suscitado mayor número de cuestiones prejudiciales elevadas por los órganos judiciales nacionales al TJUE, dando lugar a una rica jurisprudencia en torno a dicha causa discriminatoria tal como se configura en la Directiva 2000/78. A través de varias cuestiones prejudiciales el TJUE se ha pronunciado sobre la articulación de las disposiciones de la Directiva 2000/78, tanto las que consagran excepciones generales a la prohibición de discriminación por los motivos mencionados en el art. 1 de la Directiva (arts. 2.5 y 4.1 de la Directiva), como en relación con las diferencias de trato basadas específicamente en la edad (art. 6.1). En efecto, la Directiva 2000/78 recoge un régimen específico para la edad a través de varias excepciones - generales y específicas - que permiten eludir la aplicación de sus disposiciones. Pero, sobre todo, se asienta en la disposición que figura en el art. 6.1 de esta norma, que configura un régimen particular de las situaciones que justifican un trato desigual peyorativo a través de las denominadas “justificaciones objetivas”.

Debe tomarse en cuenta que la edad como causa de discriminación es, en realidad, una de las más difíciles de delimitar porque opera a dos niveles (edad máxima legal y edad mínima), porque puede tener dos vertientes (positiva y negativa) y porque abarca múltiples estereotipos y generalizaciones acerca de las habilidades y capacidades personales que no están necesariamente ligadas a la edad cronológica, sino más bien a la biológica.

### **1. Excepciones generales al principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación: su aplicación a la prohibición de discriminación por razón de la edad**

El legislador de la Unión ha reconocido la posibilidad de una tensión entre la protección jurídica del principio de igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación, y los instrumentos de garantía de otros derechos y valores fundamentales, otorgando de manera excepcional primacía a estos últimos. En concreto, el art. 2.5 de la Directiva contempla tres tipos de medidas necesarias en una sociedad democrática que se deben preservar: las necesarias para la seguridad pública (en particular, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales), las de protección de la salud pública y, finalmente, las dirigidas a garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos<sup>7</sup>.

---

una “dimensión diferente” de la que tiene el principio de no discriminación por razón de la edad (punto 78 y nota 82).

<sup>7</sup> El art. 2.5 de la Directiva 2000/78 establece literalmente lo siguiente: “La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, y la protección de los derechos y libertades de los

La protección de la salud pública como objetivo legítimo que justifica la excepción del art. 2.5 de la Directiva fue considerada por el TJUE en el Asunto *Petersen*. Para el Tribunal, habida cuenta que los Estados miembros siguen siendo competentes para ordenar sus sistemas de seguridad social (art. 168.1 TFUE), es preciso reconocerles un margen de apreciación para decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel. La salud pública como objetivo a proteger fue considerado tanto desde la perspectiva individual, es decir, de la aptitud de los dentistas para ejercer su profesión a partir de una determinada edad; como desde una perspectiva colectiva con un claro enfoque economicista, al considerar como aspecto a tener en cuenta la preservación del equilibrio financiero del sistema público de seguridad social. Desde el plano individual, el Tribunal señaló que una normativa nacional puede prohibir a los dentistas mayores de 68 años ejercer su profesión como dentista concertado al entender que sus aptitudes profesionales disminuyen con la edad, lo que entraña un riesgo para la salud de los pacientes<sup>8</sup>. Desde esta óptica, el art. 2.5 de la Directiva consagra una causa de justificación distinta de la que configura el art. 4.1 de la misma norma, relativa a los “requisitos profesionales” esenciales y determinantes. Para el Tribunal, el campo de aplicación de ambos preceptos aparece delimitado en el decimotercero Considerando de la Directiva, a cuyo tenor se señala que ésta “no puede tener el efecto de obligar a las fuerzas armadas, como tampoco a los servicios de policía, penitenciarios, o *de socorro* [como sucede en este caso] 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*”.

Pero, además, y como aspecto novedoso, el Tribunal integró el objetivo de prevenir un riesgo de “perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social”. Esta perspectiva *colectiva* explica que el Tribunal optara por no justificar la diferencia de trato sobre la base del art. 4.1 de la Directiva, acudiendo en este caso al art. 2.5 de esta norma. En efecto, si el objetivo de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede justificar que se limite el número de dentistas concertados que pueden ejercer en la sanidad pública, sin duda esta diferencia de trato persigue un objetivo ajeno a cualquier “requisito profesional” en el sentido del art. 4.1 de la Directiva<sup>9</sup>.

---

ciudadanos”. Se trata de una referencia innecesaria puesto que todos los ámbitos que menciona corresponden a la competencia de los Estados miembros.

<sup>8</sup> Sentencia TJUE de 12 de enero de 2010, *Petersen c. Berufsgausschuss Für Zahnärzte*, Asunto C-341/08, aptdo. 52.

<sup>9</sup> BRIBOSIA, E., et BOMBOIS, T., «Interdiction de la discrimination en raison de l'âge: du principe, des exceptions et de quelques hésitations... Réflexions autour des arrêts *Wolf*, *Petersen*

Aunque las excepciones a la prohibición discriminación por razón de la edad deben interpretarse de forma restrictiva<sup>10</sup>, conviene recordar que el art. 2.5 de la Directiva precisa que su aplicación se realizará sin perjuicio de “las medidas establecidas en la legislación nacional” necesarias para la protección de específicos valores (seguridad pública y salvaguarda de la salud) y de los derechos y libertades de los ciudadanos.

La excepción prevista en el art. 2.5 ha llevado al Tribunal a efectuar un control de la proporcionalidad de la medida nacional en atención al objetivo que persigue. En el citado Asunto *Petersen* el TJUE decidió acudir al art. 168 TFUE para reconocer a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para evaluar la necesidad de una medida nacional destinada a proteger la salud pública<sup>11</sup>. Más tarde, en el Asunto *Prigge y otros* el TJUE estimó que la adopción de medidas en el terreno del orden, la seguridad aérea o la salud pública es una competencia inherente a las autoridades nacionales, por lo que su adopción excede del ámbito de intervención de los interlocutores sociales. El TJUE entendió en este caso que el objetivo de la *seguridad del tráfico aéreo* está comprendido entre los propósitos a los que se refiere el art. 2.5 de la Directiva. Por ello, la finalidad perseguida por el convenio colectivo de la empresa alemana que prevé un límite de edad de 60 años para desempeñar la actividad profesional de piloto de líneas aéreas, bajo la alegación de razones de seguridad aérea, resultaba razonablemente justificada. Sin embargo, teniendo en cuenta la rotunda divergencia entre el convenio colectivo y la regulación nacional e internacional en esta materia, el TJUE entendió que la referida cláusula convencional era mucho más restrictiva que la normativa alemana e internacional, concluyendo que resultaba desproporcionada y contraria al principio de igualdad de trato<sup>12</sup>.

Si bien la técnica utilizada en la redacción de la Directiva 2000/78 condiciona la actuación del TJUE a la hora de aplicar criterios interpretativos que contribuyan a recortar la flexibilidad con la que se aborda esta cuestión en aquella norma, pues en su redacción son frecuentes las excepciones generales a la prohibición de las discriminaciones por razón de la edad, así como también las formulaciones ejemplificativas de las excepciones a las discriminaciones prohibidas<sup>13</sup>. Este régimen

---

et *Kücükdeveci* de la Cour de justice de l'Union européenne», *Revue Trimestral du Droit Européen*, vol. 47, 2011, 41-84, p. 47.

<sup>10</sup> Sentencia *Petersen*, aptdos. 61 y 62.

<sup>11</sup> *Ibid.*, aptdo. 52.

<sup>12</sup> Sentencia TJUE de 13 de septiembre de 2011, *R. Prigge, M. Fromm & V. Lambach c. Deutsche Lufthansa AG*, Asunto C-447/09, aptdo. 75.

<sup>13</sup> Resulta significativo que la ejemplificación que realiza el texto de la Directiva 2006/54 (prohibición de discriminación por razón de sexo) se refiere a las situaciones que deben considerarse contrarias a la propia Directiva y no, como sucede en la Directiva 2000/78, a las que

diferenciado para la edad se refleja en múltiples conceptos y categorías como, por ejemplo, el “requisito profesional esencial y determinante” que prevé el art. 4.1 de la Directiva, que veremos a continuación.

## **2. El régimen singular de los “requisitos profesionales”**

La Directiva 2000/78 recoge otro conjunto de posibilidades de trato diferenciado justificado en función de la concurrencia de “requisitos profesionales”, esenciales y determinantes, para ejercer una concreta actividad profesional (art. 4.1), siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

El primer asunto en el que el Tribunal apreció la concurrencia del “requisito profesional” del art. 4.1 fue en el Asunto *Wolf*, en relación con la fijación de una edad máxima para contratar en un servicio público<sup>14</sup>. El TJUE debía decidir si la normativa nacional alemana que fijaba en 30 años la edad máxima legal para la contratación de funcionarios en el servicio técnico medio de bomberos era una medida discriminatoria contraria a la Directiva. Tal límite de edad, en opinión del TJUE, no excedía de lo necesario para garantizar “el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio técnico medio de bomberos”, que son los que llevan a cabo sobre el terreno las tareas atribuidas a los bomberos profesionales. Así, estar en disposición de una elevada capacidad física se consideró una exigencia profesional esencial y determinante para el ejercicio de la profesión en el servicio técnico de bomberos, al entender que una naturaleza física óptima está estrechamente ligada al condicionante de la edad. En efecto, el art. 4.1 de la Directiva permite justificar una diferencia de trato “basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”. Esta formulación invita a diferenciar entre el motivo de discriminación propiamente dicho (la edad) y la característica con él relacionada, pues es ésta última - y no el motivo de discriminación en sí - la que debe constituir un “requisito profesional” esencial y determinante a efectos de justificar la diferencia de trato<sup>15</sup>. Por tanto, el texto de la Directiva requiere determinar si la diferencia de trato se funda en un motivo de discriminación prohibido (la edad, en este caso) o en una “característica relacionada” con dicho motivo.

---

permiten no aplicarla. La primera ejemplificación refuerza la Directiva, mientras que, la segunda, la debilita: *vid.* BALLESTER PASTOR, M<sup>º</sup>. A., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 92, 2010, 207-255, p. 211.

<sup>14</sup> Sentencia TJUE de 12 de enero de 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, Asunto C-229/08.

<sup>15</sup> El TJUE declaró que “no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato, sino una característica vinculada a dicho motivo la que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante”: Sentencia *Wolf*, aptdo. 35.



Además, para el Tribunal la característica debe estar *objetivamente* relacionada con la edad. En el Asunto *Wolf*, para determinar que una elevada capacidad física guardaba relación con la edad el TJUE acudió a datos científicos resultantes de estudios en el marco de la medicina del trabajo y deportiva, de los que se desprende que la capacidad respiratoria, la musculatura y la resistencia disminuyen con la edad. En este caso para justificar la medida nacional discriminatoria el Tribunal acudió expresamente al decimoctavo Considerando de la Directiva, en el que se precisa que ésta no puede tener el efecto de obligar a los servicios de policía, penitenciarios o “de socorro” a “contratar a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener operativo dichos servicios”<sup>16</sup>. Sin duda la relación del Asunto *Wolf* con la seguridad pública influyó en la interpretación que realizó el TJUE del art. 4.1 de la Directiva, pues este órgano judicial justificó la medida aplicando de oficio el art. 4.1 en lugar de acudir a la justificación específica del art. 6.1 de la Directiva, invocada por las partes en este asunto.

Por su parte, en el Asunto *Prigge y otros* el Tribunal afirmó que el hecho de poseer capacidades físicas específicas puede considerarse un “requisito profesional” para el ejercicio de la profesión de piloto de líneas aéreas y que la posesión de tales capacidades está ligada a la edad. Con el fin de garantizar la seguridad del tráfico aéreo los interlocutores sociales acordaron mediante convenio la extinción automática de la relación laboral de los pilotos que tuvieran 60 años, lo que fue considerado por el TJUE un “objetivo legítimo” conforme al art. 4.1 de la Directiva. Sin embargo, la medida no superó el test de la proporcionalidad pues, como señaló el Tribunal, el vigésimotercer Considerando de la Directiva precisa que “en muy contadas circunstancias” una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la edad constituya un requisito profesional esencial y determinante. Por ello, al fijar en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos de líneas aéreas ya no poseen las capacidades necesarias para ejercer su actividad profesional, pese a que las normativas nacional e internacional autorizan el ejercicio de dicha actividad hasta la edad de 65 años, los interlocutores sociales impusieron un requisito desproporcionado y contrario al principio de igualdad de trato.

### **3. La visión restrictiva de la prohibición de discriminación por razón de edad: las justificaciones objetivas**

---

<sup>16</sup> Como señaló el Abogado General Bot en sus Conclusiones presentadas el 3 de septiembre de 2009, el decimoctavo Considerando de la Directiva 2000/78 refuerza esa amplia facultad de apreciación cuando se trate de definir una política de empleo en los servicios de policía, penitenciarios o de socorro (punto 44).

Consciente de las repercusiones económicas y prácticas que algunas prohibiciones de discriminación pueden tener tanto en el sector público como en el privado, la Directiva 2000/78 introdujo un régimen especial en relación con la discapacidad (artículo 5) y la edad (artículo 6), en el que se define tanto el alcance de tales prohibiciones como las limitaciones justificadas<sup>17</sup>. Así, el art. 6.1 de la Directiva 2000/78 permite justificar una discriminación *directa* por razón de la edad, e incluso que dicha justificación se configure con carácter abierto por medio de la enumeración de posibles ejemplos<sup>18</sup>.

Los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para considerar que determinadas medidas que suponen una diferencia por razón de edad se amparan dentro de la excepción de discriminación por razón de edad del art. 6.1 de la Directiva y son diferencias de trato justificables. En concreto, el art. 6.1 permite que los Estados miembros puedan seguir aplicando políticas de empleo basadas en la edad, así como establecer o mantener límites de edad en la medida en que estén justificados por un objetivo legítimo de política social o de empleo (“prueba de justificación”), y los medios para conseguir tal objetivo sean apropiados y necesarios (“prueba de proporcionalidad”)<sup>19</sup>, lo que reduce el impacto real de la prohibición de discriminación por razón de la edad prevista en aquella norma.

Hasta ahora, el bagaje jurisprudencial del Tribunal ha configurado una interpretación generosa de las circunstancias que justifican un trato desigual peyorativo, sobre todo en relación con la política de empleo, que adquiere matices diferenciales. Así pues, la jurisprudencia en torno al art. 6.1 de la Directiva se puede sistematizar en torno a tres ejes, a saber: edad máxima para la contratación; jubilación forzosa; y trato desigual peyorativo justificado como medida de “promoción de la contratación” o de “reparto intergeneracional” de las posibilidades de empleo.

Como se ha dicho, el establecimiento de edades máximas para la contratación figura entre los supuestos descritos en el art. 6.1 de la Directiva como situaciones justificativas

---

<sup>17</sup> Véase REQUENA CASANOVA, M., “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *RDCE*, núm. 40, 2011, 767-793, pp. 7853-784.

<sup>18</sup> Debe resaltarse que el marco de justificaciones previsto en el art. 6.1 de la Directiva se centra mayoritariamente en situaciones de repercusión pública: las referencias a la política de empleo, a la formación o la inserción profesional, entre otros factores, así lo indican. No sorprende que se haya afirmado que la edad es “la causa de discriminación prohibida más degradada por el ámbito de sus excepciones aplicativas en el art. 6 de la Directiva 2000/78”: BALLESTER PASTOR, M.A., “La lucha contra la discriminación...”, *cit.*, p. 237.

<sup>19</sup> El artículo 6.1 de la Directiva, titulado “Justificaciones de diferencias de trato por motivos de edad”, permite a los Estados miembros establecer diferencias de trato por motivos de edad “si están justificadas objetiva y razonablemente”, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”.

de tratos desiguales basados en la edad<sup>20</sup>. La primera y única sentencia en la que se ha invocado la aplicación del art. 6.1.c) de la Directiva fue dictada por el Tribunal de Primera Instancia de la UE (TPI) en el Asunto *Lutz Herrera*, en relación con el establecimiento de una edad máxima para la contratación en la función pública comunitaria<sup>21</sup>. En este caso se planteaba la supuesta naturaleza discriminatoria de una norma de acceso a la función pública comunitaria por cuanto exigía que la candidata hubiera nacido después de determinada fecha. La candidata Herrera, nacida con fecha anterior a la especificada en la convocatoria, reclamó ante las instancias comunitarias, solicitando la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de la edad configurada en la Directiva. El TPI consideró que el requisito de una edad máxima para la contratación no constituía una discriminación por razón de la edad prohibida por la Directiva, añadiendo que tampoco era posible invocar la aplicación directa del art. 13.1 TCE. Además, el Tribunal consideró que la amplia formulación de los tratos desiguales legítimos previstos en el art. 6.1.c) de la Directiva justificaba un requisito que estableciera una edad máxima para la contratación en el acceso a la función pública comunitaria, en atención a la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación<sup>22</sup>. Esta amplia interpretación de los criterios justificadores establecidos en el art. 6.1.c) de la Directiva habilita cualquier tipo de excepción a partir de esta disposición, lo que disminuye notablemente el ámbito de protección de la prohibición de la discriminación por razón de la edad prevista en aquella norma.

### 3.1. El control jurisdiccional de la “prueba de justificación”

Hasta ahora el Tribunal ha optado por una interpretación de corte restrictivo de la “prueba de justificación”, vinculándola a los objetivos de la política social en general<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Para que sea legítima, la edad máxima para la contratación debe venir determinada por los requisitos de formación del puesto o por la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación (art. 6.1.c de la Directiva).

<sup>21</sup> Sentencia TPI de 28 de octubre de 2004, T-219/02 y T-337/02.

<sup>22</sup> Sustentado, por una parte, en ofrecer perspectivas de carrera tanto a los funcionarios que realizarán una carrera larga en esta institución como a los seleccionados con una edad superior y, por otra, garantizar que los funcionarios ejerzan su actividad durante un período mínimo antes de la jubilación.

<sup>23</sup> Ni el art. 2.5 ni el art. 4.1 de la Directiva pueden ser invocados para justificar una diferencia de trato dirigida a realizar un objetivo de “política social”. Así, el art. 2.5 de la Directiva, en tanto permite justificar una diferencia de trato dirigida a proteger los derechos de los ciudadanos, podría entrar en concurrencia con el art. 6.1, que se refiere expresamente, entre las diferencias de trato susceptibles de ser justificadas, a aquellas que promueven el derecho de los jóvenes al acceso al mercado laboral. No obstante, en el Asunto *Petersen*, en respuesta al argumento del Gobierno alemán según el cual la normativa en cuestión pretendía facilitar el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo, el Tribunal entendió que este fin “no está contemplado en el art. 2.5 de la Directiva”, sino que estaría en el campo de aplicación del art. 6.1 de esta norma (aptdos. 66-68).

Así, en el Asunto *Age Concern England* el Tribunal subrayó que los objetivos que pueden considerarse “legítimos” y que, por tanto, pueden justificar excepciones a la prohibición de la discriminación por razón de edad son objetivos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional<sup>24</sup>. Ahora bien, en este mismo asunto el TJUE señaló que el art. 6.1 de la Directiva impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo de política de empleo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria.

El segundo bloque de jurisprudencia en torno al art. 6.1 se refiere a la jubilación forzosa. En este sentido, desde el Asunto *Palacios de la Villa* hasta el Asunto *Rosenblatt* se advierte una línea jurisprudencial en virtud de la cual las cláusulas de extinción de la relación laboral dispuestas en un convenio colectivo, siempre que vayan acompañadas del derecho a una pensión de jubilación, son asumibles desde la perspectiva de la Directiva, en cuanto responden implícitamente al objetivo legítimo de permitir el acceso al empleo de las generaciones más jóvenes de trabajadores<sup>25</sup>. En el Asunto *Palacios de la*

---

Asimismo, en el Asunto *Wolf* un límite de edad fijado por la normativa nacional estaría justificado en atención al objetivo de permitir a los miembros del servicio técnico medio de bomberos ejercer su profesión durante un período de tiempo considerable, lo que está en consonancia con el art. 6.1.c) de la Directiva, que expresamente se refiere a la “fijación de una edad máxima para la contratación, basada en la necesidad de un período de trabajo razonable antes de la jubilación”.

<sup>24</sup> Sentencia TJCE de 5 de marzo de 2009, *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, Asunto C-388/07, aptdo. 46. Véase, en este mismo sentido, la Sentencia TJUE de 18 de junio de 2009, *Hütter c. Technische Universität Graz*, Asunto C-88/08, aptdo. 41. Asimismo, en distintos asuntos, varios Abogados Generales han apreciado que la justificación de ciertas diferencias de trato persiguen parcialmente una finalidad de política social. Por ejemplo, en el Asunto *Kücükdeveci* el Abogado General Bot entendió comprendido en este objetivo la protección de los trabajadores contra el despido en atención a su antigüedad (punto 43); en el Asunto *Petersen*, la finalidad de garantizar a las nuevas generaciones la facultad de ejercer como dentista concertado (punto 71); o, como se estimó en el Asunto *Wolf*, el establecimiento de una estructura de edades equilibrada en el seno del servicio técnico medio de bomberos, que constituye “una política de empleo en el interior de este cuerpo” (punto 41). A. Tapia Hermida sostiene que estas apreciaciones del TJUE, que tratan de justificar y dar coherencia al objetivo de establecer una estructura de edades equilibrada que permita garantizar el “carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de bomberos”, considerando que dicho objetivo es “legítimo”, es un despropósito y un manifiesto error, pues el Tribunal parte de argumentos economicistas y burocrático-administrativos, contrarios por tanto a la “lógica y la razón del principio de igualdad”: TAPIA HERMIDA, A., “La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y del Derecho al trabajo”, *Revista del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 36, 2010, 81-126, pp. 110 y 125.

<sup>25</sup> En los Asuntos *Palacios de la Villa* y *Rosenblatt* el Tribunal estimó que uno de los requisitos para la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador alcanza una determinada edad es que el interesado pueda beneficiarse de una pensión de jubilación, si bien no llegó a examinar la cuantía de la pensión: Sentencia TJCE de 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, Asunto C-411/0, aptdo. 43; y Sentencia TJUE de 12 de octubre de 2010, *Gisela Rosenblatt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, Asunto C-45/09, aptdo. 48. En cambio, en el Asunto *Torsten Hörfeldt* el Tribunal precisó que una medida que permite extinguir la relación laboral de un trabajador cuando éste ha cumplido determinada edad, sin tener en cuenta la “cuantía” de la pensión de jubilación a percibir por el interesado, no es contraria a la Directiva

Villa el TJUE interpretó que una referencia general al objetivo de la política de empleo en el convenio colectivo del sector, aun sin especificar los instrumentos adecuados para ello, resulta suficiente para justificar la posibilidad de jubilación forzosa. Por tanto, la política de empleo aparece así como un objetivo que no requiere mayor justificación, cuya simple mención elimina la posibilidad de cualquier discriminación, y en la que no se plantean argumentos de razonabilidad y proporcionalidad<sup>26</sup>. Este planteamiento ha sido matizado por el Tribunal en el Asunto *Rosenblatt*, al señalar que la prohibición de discriminación por razón de la edad constituye un nuevo ámbito de protección que requiere la debida consideración por parte de los convenios colectivos, pues la circunstancia de que un convenio colectivo disponga la extinción automática de la relación laboral al cumplir una determinada edad no dispensa a dicho convenio de la obligación de ajustarse al Derecho de la Unión y, más concretamente, a la Directiva 2000/78<sup>27</sup>.

En tercer lugar, el TJUE ha entendido que la promoción de la contratación también constituye un objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros, en especial cuando se trata de favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de una profesión en el ámbito de la administración pública. Así, en su sentencia *Petersen* el Tribunal declaró que resulta coherente que las autoridades nacionales consideren que el establecimiento de un límite de edad de 68 años para ejercer como dentista concertado en la sanidad pública, que conduce a que los trabajadores de mayor edad abandonen el mercado laboral, pueda favorecer el empleo de profesionales más jóvenes<sup>28</sup>. Estas apreciaciones también son pertinentes por lo que respecta al ejercicio de una profesión en la administración pública, como la de catedrático universitario o la de fiscal. En relación a la primera, en el Asunto *Georgiev* el Tribunal reconoció que un Estado miembro puede legítimamente tratar de garantizar la existencia de una pirámide de edades equilibrada dentro del cuerpo de los profesores de universidad, estableciendo para ello un límite de edad. Siguiendo las observaciones del Abogado General Bot, el Tribunal señaló que una normativa que prevé la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir 68 años de edad y la continuación de su actividad más allá de los 65 años mediante contratos de duración determinada de un año prorrogables por dos

---

2000/78, siempre que esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y sea proporcionada: Sentencia TJUE de 5 de julio de 2012, *Torsten Hörfeldt y Posten Meddelanne AB*, Asunto C-141/11, apdo. 47.

<sup>26</sup> Más tarde, en el Asunto *Petersen* el TJUE reiteró este razonamiento al considerar que una disposición que establece una edad máxima para trabajar como dentista concertado era contraria a la Directiva 2000/78, pero sólo porque no se exigía para trabajar como dentista no concertado, es decir, por ser una disposición arbitraria, no por su falta de justificación: apdos. 61 y 62.

<sup>27</sup> Sentencia *Rosenblatt*, apdo. 53.

<sup>28</sup> Sentencia *Petersen*, apdo. 68.

veces, no se opone al art. 6.1 de la Directiva, en la medida que persigue un fin legítimo vinculado con la política de empleo como el intercambio de experiencias y la innovación, así como el “reparto óptimo” de las plazas de catedráticos entre profesores de distintas generaciones<sup>29</sup>. Este razonamiento fue reiterado en el Asunto *Fuchs y Köhler* al sostener que el establecimiento de una “estructura de edades favorable”, constituida por la presencia simultánea en la profesión de fiscal de empleados jóvenes y veteranos, permite optimizar la gestión del personal y contribuye a ofrecer un “servicio público de calidad” en el ámbito de la administración de justicia<sup>30</sup>.

En cambio, resulta más difícil identificar un objetivo de política social en la “flexibilidad empresarial” para contratar a trabajadores jóvenes, invocado en el Asunto *Kücükdeveci*<sup>31</sup>; o en el objetivo de proteger la salud pública para preservar el equilibrio financiero en el sistema público de seguridad social, planteado en el Asunto *Petersen*. Y es que, para el Tribunal sólo son legítimos los objetivos que presentan “interés general”, como la “calidad de los servicios públicos”, ligados habitualmente a la idea de acceso al empleo o de reparto del trabajo entre distintas generaciones de trabajadores, que se distinguen de los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador (privado o público), como la mejora de la competitividad o la reducción de costes<sup>32</sup>.

Cuando la normativa nacional no indique el objetivo que pretende alcanzarse, otros elementos propios del contexto general de la medida en cuestión deben permitir la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del

---

<sup>29</sup> Sentencia TJUE de 18 de noviembre de 2010, en los Asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09, *Vasil Ivanov Georgiev c. Technicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, aptdos. 45 y 46.

<sup>30</sup> Así, el Tribunal declaró que el art. 6.1 de la Directiva no se opone a una normativa nacional (como la relativa a la función pública del *Land de Hesse*), que establece que la jubilación forzosa de los fiscales una vez alcanzada la edad de 65 años, aunque les permita seguir hasta la edad de 68 años en “interés del servicio”, siempre que esta normativa tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como evitar los litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad: Sentencia TJUE de 21 de julio de 2011, *Fuchs y Köhler*, Asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10, aptdo. 49.

<sup>31</sup> En el Asunto *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co KG* el Tribunal entendió que la flexibilidad del empresario para contratar a jóvenes trabajadores podía constituir un objetivo legítimo, siempre que fuera entendido como instrumento para facilitar la contratación de este colectivo de trabajadores: Sentencia TJUE de 19 de enero de 2010, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co KG*, Asunto C-555/07, aptdos. 35 y 36. Sin embargo, el Abogado General Bot excluyó - por su naturaleza privada -, que ofrecer mayor flexibilidad empresarial para la contratación de trabajadores jóvenes pudiese ser considerado un objetivo legítimo en el sentido del art. 6.1 de la Directiva (punto 47).

<sup>32</sup> Sentencia *Age Concern England*, aptdo. 46. Como señala R. S. Morato García, “objetivos relacionados con la política de empleo y el favorecimiento del acceso al mercado de trabajo de los más jóvenes, se han venido consintiendo como excepciones a la discriminación por razón de edad”: MORATO GARCÍA, R.M., “Cese forzoso por edad y negociación colectiva ¿Un supuesto de discriminación? (A propósito de la STJUE de 13 de septiembre de 2011 en el Asunto C-447/09)”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 29, 2013, 1-28, pág. 5.

control jurisdiccional sobre la legitimidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo<sup>33</sup>. A tal fin, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar si objetivo perseguido está justificado por la Directiva, para lo que habrá de interrogarse sobre su carácter legítimo. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha afirmado que los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral<sup>34</sup>. Por ejemplo, en el Asunto *Petersen* el TJUE consideró que un Estado miembro dispone de un amplio margen de apreciación para adoptar medidas que supongan una discriminación por razón de la edad en el ámbito de la salud, introduciendo en su razonamiento una perspectiva “economicista”. En concreto, el Tribunal fundó su razonamiento en el art. 168 TFUE, que establece la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas nacionales de seguridad social, en virtud del cual cada Estado miembro puede decidir qué nivel de protección de la salud pública pretende asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel<sup>35</sup>.

En su labor interpretativa del art. 6.1 de la Directiva el TJUE únicamente se ha pronunciado sobre medidas que persiguen objetivos de política social, sin considerar medidas que persiguen otro tipo de objetivos. En efecto, en el Asunto *Prigge y otros* el órgano jurisdiccional remitente preguntó al Tribunal si la seguridad del tráfico aéreo podría figurar entre los fines legítimos previstos en el art. 6.1. El Tribunal entendió que, aunque la enumeración que contiene dicho precepto no es una lista cerrada, sino meramente indicativa, los Estados miembros pueden utilizar justificaciones basadas en otros supuestos, siempre que los objetivos que los justifiquen sean legítimos (es decir, estén relacionados con las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional<sup>36</sup>), y que las diferencias de trato sean adecuadas y necesarias para alcanzar tales objetivos. En este caso, el Tribunal entendió que la seguridad aérea no es un “objetivo legítimo” de acuerdo al art. 6.1 de la Directiva, dada su clara falta de conexión con el ámbito de la política social.

Algún autor ha afirmado que la labor interpretativa del TJUE disminuye notablemente la eficacia de la prohibición de discriminación por razón de la edad establecida en la

---

<sup>33</sup> Sentencias *Palacios de la Villa*, aptdos. 56 y 57; y *Rosenblatt*, aptdo. 58.

<sup>34</sup> Sentencia *Kücükdeveci*, aptdo. 38.

<sup>35</sup> Sentencia *Petersen*, aptdo. 51. A este respecto, en el Asunto *Fuchs y Köhler* el TJUE matizó que, si bien las consideraciones presupuestarias pueden estar en el origen de las opciones de política social de un Estado miembro, *por sí solas* no pueden constituir un objetivo legítimo que pueda justificar un trato diferenciado por razón de la edad: *Fuchs y Köhler*, aptdo. 74. *Cursiva añadida*.

<sup>36</sup> Remitiéndose a lo dispuesto en asuntos anteriores: Sentencia *Age Concern England*, aptdo. 46; Sentencia *Hütter*, aptdo. 41.

Directiva 2000/78<sup>37</sup>. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la política de empleo es una competencia nacional, siendo un ámbito de coordinación entre los Estados miembros. En cambio, la política social sí es un ámbito de competencia compartida en el que se da gran importancia a que las políticas nacionales de empleo puedan alcanzar sus objetivos, por lo que si contienen alguna discriminación por razón de la edad ésta deberá controlarse, siempre que sea en el respeto a los criterios de justificación y proporcionalidad que fija la jurisprudencia del TJUE.

### 3.2. El control jurisdiccional de la “prueba de proporcionalidad”

El juicio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido. En la práctica, este juicio supone que la medida nacional debe ser equilibrada, por derivar más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los derechos individuales. Salvo en el Asunto *Petersen*, el Tribunal se ha estimado competente para clarificar al juez *a quo* la cuestión referente a la proporcionalidad de la medida nacional, al entender que este Tribunal está en mejor posición para hacerlo, ya que dispone de los elementos fácticos necesarios para esta tarea<sup>38</sup>.

En primer lugar, para el Tribunal una diferencia de trato es desproporcionada si existe otro criterio de diferenciación - general y abstracto - que suprime o disminuye la aproximación generada por el criterio de la edad. Este razonamiento fue seguido en el Asunto *Hütter* al disponer que un criterio basado directamente en el “tipo de estudios cursados”, sin atender a la edad de las personas resulta mejor adaptado, a la luz de la Directiva 2000/78, para lograr “el objetivo de no desfavorecer la enseñanza general” en relación con la “formación profesional”. Por tal motivo, el TJUE entendió que la legislación nacional austriaca no era apropiada conforme a la Directiva, al estimar dicha normativa carente de proporcionalidad<sup>39</sup>.

En segundo lugar, el test de proporcionalidad también queda sometido - como califican algunos Abogados Generales - a un “control en sentido estricto”, que consiste

---

<sup>37</sup> Entre la doctrina R.M. MORATO GARCÍA se ha mostrado crítica con la jurisprudencia del TJUE al afirmar que la “evidente regresión del principio antidiscriminatorio no se ha visto paliada por la actuación del TJUE”, “Cese forzoso por edad y negociación colectiva...”, *cit.*, p. 16.

<sup>38</sup> Esta tendencia, inaugurada en la sentencia *Mangold* y confirmada en los Asuntos *Palacios de la Villa* y *Hütter*, no fue adoptada en el Asunto *Petersen* ya que en este litigio el TJUE reenvió al juez nacional la cuestión de conocer si el límite de edad era una medida apropiada y necesaria para alcanzar el objeto de un reparto intergeneracional de las posibilidades de empleo. El TJUE consideró que corresponde al juez nacional comprobar si existe un número excedentario de dentistas concertados a los efectos de determinar si esta situación puede dificultar el acceso al empleo de dentistas más jóvenes (aptdos. 73-74).

<sup>39</sup> Sentencia *Hütter*, aptdo. 48.



en verificar si la medida en cuestión no comporta perjuicios excesivos para determinados colectivos. Así lo dio a entender el Abogado Bot en el Asunto *Kücükdeveci*, al establecer que la diferencia de trato en cuestión priva de una garantía importante contra el despido “a todos los trabajadores que han iniciado una relación laboral antes de los 25 años de edad” y que sean despedidos poco tiempo después de haber alcanzado dicha edad, [...] “cualquiera que sea su situación personal y familiar, así como su grado de formación”<sup>40</sup>. El juicio de proporcionalidad realizado en los asuntos *Hütter* y *Kücükdeveci* pone de relieve que el objetivo de política de empleo no tiene mayor peso que el perjuicio ocasionado a ciertos colectivos, no sólo en relación con la prohibición de discriminación por razón de la edad, sino también con el incremento en el nivel de precariedad y, por tanto, con el objetivo de estabilidad laboral. En ambos casos el Tribunal concluyó que se trataba de medidas desproporcionadas en atención al objetivo de política social perseguido, por lo que declaró que tales medidas eran contrarias a la Directiva 2000/78<sup>41</sup>.

Por su parte, en el Asunto *Prigge y otros* el órgano jurisdiccional remitente propuso al Tribunal que la preservación de la “autonomía de la negociación colectiva” fuera considerada como objetivo legítimo en el sentido del art. 6.1 de la Directiva<sup>42</sup>. El Tribunal entendió que la Directiva 2000/78 se opone a que un convenio colectivo disponga la extinción automática de la relación laboral de los pilotos de una compañía aérea a los 60 años de edad, no por su falta de justificación, sino por su carácter desproporcionado en relación con la regulación nacional e internacional en esta materia<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Punto 52 de las Conclusiones. Cursiva añadida.

<sup>41</sup> De igual modo, en el Asunto *Ole Andersen* el TJUE afirmó que una normativa nacional destinada a favorecer la reinserción laboral de los trabajadores con determinada antigüedad, obligando a dichos trabajadores a renunciar temporalmente a una indemnización especial por despido en el caso de que desearan continuar en el mercado laboral, causa un perjuicio desproporcionado a los trabajadores que se encuentran en tal situación, pues excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de política social perseguido (que el trabajador continúe su carrera profesional), siendo una diferencia de trato contraria al art. 6.1 de la Directiva 2000/78, por ser arbitraria: Sentencia TJUE de 12 de octubre de 2010, *Ole Andersen*, Asunto C-499/08, apdos. 47-49.

<sup>42</sup> Véase las Conclusiones del Abogado General P. Cruz Villallón en el Asunto *Prigge y otros* (punto 82). En cuanto a su inclusión dentro de la categoría de “política social”, cabe recordar que el art. 151 TFUE, que abre el Título X del TFUE, dedicado a la política social de la Unión, enuncia entre los objetivos de dicha política el “diálogo social”, y el art. 155 TFUE, incluido en este mismo Título, se refiere también al diálogo entre los interlocutores sociales a nivel de la Unión.

<sup>43</sup> Asunto *Prigge y otros*, aptdo. 48. En este sentido, en el Asunto *Tyrolean Airways* se preguntó al Tribunal si una cláusula de un convenio colectivo discrimina indirectamente a los trabajadores de mayor edad al tener sólo en cuenta, para su clasificación en las categorías profesionales y, por ende, para determinar su remuneración, la experiencia profesional adquirida en una determinada compañía aérea, y no la experiencia “materialmente idéntica” adquirida en otra compañía del mismo grupo de empresas. El TJUE respondió que una diferencia de trato de esta naturaleza está basada en un criterio o acontecimiento que no está vinculado, directa o indirectamente, a la edad de los trabajadores, por lo que no cabe considerar que la cláusula establezca una diferencia de

No obstante, ha sido a partir del Asunto *Fuchs y Köhler* cuando el Tribunal ha establecido un control más estricto del test de proporcionalidad de la medida nacional. En esta sentencia el Tribunal interpretó que, al definir las medidas que pueden alcanzar un objetivo legítimo de política social, los Estados no pueden privar de su esencia a la prohibición de discriminación por razón de la edad, que debe entenderse a la luz del derecho a trabajar reconocido en el art. 15.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales. De ello resulta que debe prestarse una atención especial a la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, cultural y social. Y ello porque el mantenimiento activo de estas personas favorece la diversidad en el empleo, que es un objetivo reconocido en el vigésimo quinto Considerando de la Directiva<sup>44</sup>.

En resumen, el Tribunal ha optado por una interpretación restrictiva de la prohibición de discriminación por razón de la edad conforme a las pautas establecidas en la Directiva que la desarrolla. De hecho, sólo a partir del Asunto *Fuchs y Köhler* se ha planteado la posibilidad de acudir a otros elementos interpretativos previstos en la propia Directiva, e incluso al derecho a trabajar reconocido en la Carta de la UE. Desde luego, el TJUE podría haber realizado un control más estricto de la “prueba de justificación” y de “proporcionalidad”, exigiendo a los Estados miembros una mayor necesidad de justificación de la medida discriminatoria basada en la edad, sobre todo teniendo en cuenta que las justificaciones objetivas siempre suponen una discriminación directa.

### **III. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN**

#### **1. La formulación de un principio general que prohíbe la discriminación por razón de la edad**

La afirmación según la cual el principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho de la Unión está bien establecida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal<sup>45</sup>. En cambio, la prohibición de discriminación por razón de la edad,

---

trato prohibida por el art. 2.2. b) de la Directiva: Sentencia TJUE de 7 de junio de 2012, Asunto C-132/11, aptdo. 33.

<sup>44</sup> Sentencia *Fuchs y Köhler*, aptdos. 62 y 63; argumento que repite en la Sentencia *Torsten Hörnfeldt*, aptdo. 37.

<sup>45</sup> Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato o de no discriminación exige que “situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que dicho trato esté objetivamente justificado”: Sentencia TJUE de 11 de septiembre de 2007, *Lindorfer*, C-227/04, aptdo. 63. La terminología utilizada por el TJUE en su jurisprudencia permite deducir que, en el ordenamiento jurídico de la Unión, el principio de igualdad de trato, por una parte, y el de no discriminación, por otra, constituyen las dos caras de la misma moneda: para una utilización simultánea de ambos

singularmente en el ámbito de las relaciones laborales, es un principio general del Derecho de la Unión a partir del año 2005, momento en que el TJUE así lo declaró en el Asunto *Mangold*<sup>46</sup>. Desde entonces, la jurisprudencia del TJUE, expresa o tácitamente, ha ido dando efectividad a este principio, prácticamente siempre en el contexto de la Directiva 2000/78.

Con el fin de suplir los límites *intrínsecos* del art. 19.1 TFUE, el TJUE ha tratado de introducir cierto contenido esencial en el principio de no discriminación por razón de edad en virtud de dos elementos que adquieren una importancia fundamental en el Derecho originario: la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE), que atribuye a la Carta el mismo valor normativo que los Tratados. Aunque ya en el momento de dictarse la sentencia *Mangold* la Carta de los Derechos Fundamentales se encontraba solemnemente promulgada, estableciendo una expresa prohibición de discriminación por razón de edad (art. 21)<sup>47</sup>, ha sido a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa cuando ha desplegado efectos jurídicos vinculantes, con rango de Derecho originario, y con ella el referido motivo de discriminación.

La sentencia dictada en el Asunto *Kücükdeveci* representa el último desarrollo judicial que viene a confirmar y matizar, cinco años después, el pronunciamiento emitido en *Mangold* referente a la existencia de un principio general del Derecho de la Unión que prohíbe las discriminaciones basadas en la edad. En este asunto el Tribunal afirmó que “el principio de no discriminación por razón de la edad es un principio general del Derecho de la Unión que constituye una aplicación específica del principio general de igualdad de trato”<sup>48</sup>. Con este pronunciamiento el TJUE salió al paso de las abundantes críticas formuladas por ciertos Abogados Generales y por una parte de la doctrina a la solución establecida en el asunto *Mangold*. Dichas críticas cuestionaban no sólo la propia existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad, sino también que dicho principio se aplicara en las relaciones entre particulares, paliando así la

---

conceptos puede verse Sentencia TJUE de 12 de diciembre de 2002, *Rodríguez Caballero c. Fondo de Garantía Salarial*, Asunto C-442/00, aptdo. 32.

<sup>46</sup> Este principio de no discriminación por razón de la edad supone “un trato diferente basado en el factor de la edad que provoca en el individuo discriminado un perjuicio o una desventaja”.

<sup>47</sup> En el Asunto *Test-Achats* el Abogado General Kokott señaló que, antes incluso de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuando la Carta todavía no desplegaba efectos jurídicos vinculantes, podía recurrirse a ella como fuente interpretativa para la protección de los derechos fundamentales, especialmente cuando se examine un acto jurídico en el que el legislador de la Unión se remite a ella: Asunto C-236/09, punto 28.

<sup>48</sup> Sentencia *Kücükdeveci*, aptdo. 50.

ausencia de efecto horizontal de la Directiva<sup>49</sup>. Y es que, en el Asunto *Mangold* el Tribunal afirmó que el principio general del Derecho que prohíbe la discriminación por razón de la edad encuentra su fuente en varios instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, y no en la Directiva 2000/78, que establece un marco general mínimo para luchar contra las discriminaciones basadas en diversos motivos (ente ellos, la edad), si bien circunscrito al ámbito del empleo y la ocupación.

Este innovador pronunciamiento del TJUE resultaba inconciliable con la posición asumida previamente en la sentencia *Grant*, emitida en 1998, en la cual este órgano judicial se opuso a la existencia de un principio general del Derecho que prohibiera la discriminación basada en la orientación sexual. En el Asunto *Grant* el Tribunal realizó una interpretación restrictiva de la prohibición de la discriminación fundada en la orientación sexual, al entender que los principios generales del Derecho de la Unión no pueden tener por efecto ampliar el campo de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad Europea<sup>50</sup>. La disparidad entre las sentencias *Grant* y *Mangold* ha generado polémica en relación a los contornos del principio general de igualdad de trato, lo que reenvía a la cuestión del carácter específico o no de la no discriminación por razón de la edad en relación con otros motivos de discriminación prohibidos por el Derecho de la Unión, como la orientación sexual.

## **2. La sentencia *Kücükdeveci* y la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales: la vis expansiva del principio general de no discriminación**

Con ocasión de la sentencia *Kücükdeveci* el Tribunal reafirmó la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad como un principio general del Derecho de la Unión, cuya aplicación se limita a concretar la Directiva 2000/78, pero sin alterar el contenido ni el alcance del mismo. Siguiendo las recomendaciones del

---

<sup>49</sup> Véase, entre otros, DE MOL, M., "Kücükdeveci: Mangold Revisited - Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law", *European Constitutional Law Review*, 2010, pp. 293-308. Para un análisis crítico de la decisión del TJUE en los Asuntos *Mangold* y *Kücükdeveci* puede verse MUIR, E., "Of ages in and edges of EU Law", *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 39-62.

<sup>50</sup> Sentencia TJUE de 17 de febrero de 1998, *Grant*, Asunto C-249/96, aptdo. 45. El TJUE remitió esta cuestión al legislador de la Unión al señalar la existencia de una nueva base jurídica introducida por el Tratado de Ámsterdam (antiguo art. 13 TCE) que debería permitir al Consejo adoptar las medidas necesarias para luchar contra ciertas formas de discriminación, entre las cuales figura la orientación sexual (aptdo. 48). En efecto, en la época en que se introdujo el art. 13 en el TCE no todos los Estados miembros condenaban las discriminaciones basadas en la orientación sexual y el Convenio Europeo de 1950 tampoco lo hacía. Incluso, la jurisprudencia posterior al Asunto *Grant* revela una cierta reticencia a aplicar la prohibición de la discriminación por orientación sexual, como se desprende de la Sentencia de TJCE de 31 de mayo de 2001, *D y Suecia c. Consejo*, Asunto C-122/99 P y C-125/99.

Abogado General Bot<sup>51</sup>, el Tribunal entendió que dicho principio encuentra su fundamento en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados según el art. 6.1 TUE, en virtud del cual “se prohíbe toda discriminación, [...] en particular la ejercida por razón de [...] la edad”<sup>52</sup>. Esta afirmación supone una reinterpretación de la sentencia *Mangold* al proponer un nuevo anclaje jurídico del principio de no discriminación por razón de la edad, residenciado ahora en la Carta de los Derechos Fundamentales. Seguramente, si el TJUE se hubiera apoyado en el Asunto *Mangold* en dichos elementos su razonamiento hubiera sido más convincente, más allá de acudir a los instrumentos internacionales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros que, en su mayoría, no determinan ningún principio de prohibición específico de las discriminaciones por motivos de edad<sup>53</sup>. Como señaló en el Asunto *Prigge y otros* el Abogado General P. Cruz Villalón, dado que este principio ha sido objeto de positivación en el art. 21 de la Carta de la UE es ésta la sede desde la que el principio debe desplegar las posibilidades y los límites de su eficacia<sup>54</sup>.

La reafirmación de la prohibición de discriminación por razón de la edad como principio general del Derecho de la Unión, fundado en el art. 21 de la Carta de la UE, impone reexaminar los contornos del principio general de igualdad de trato, es decir, si debe ser entendido conforme a las prohibiciones mencionadas expresamente en el art. 19.1 TFUE (religión o convicciones, orientación sexual, raza u origen étnico, sexo, edad o discapacidad); o de acuerdo a todos los criterios específicamente mencionados en el art. 21 de la Carta (que van más allá de los previstos en el art. 19.1 TFUE); o, incluso, respecto cualquier criterio de diferenciación basado en una característica personal<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Que señaló que este principio corresponde a la evolución del Derecho de la Unión tal como resulta, por una parte, de la inclusión de la edad como criterio de discriminación prohibido en el antiguo art. 13.1 TCE; y, por otra, de la consagración de la prohibición de las discriminaciones por motivos de edad como un derecho fundamental, como se desprende del art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

<sup>52</sup> Sentencia *Kücükdeveci*, aptdo. 21.

<sup>53</sup> Punto 77 de las conclusiones. En la sentencia *Mangold* el TJUE no llegó a citar qué instrumentos internacionales recogen el principio general que prohíbe la discriminación por razón de la edad, mientras que sólo Finlandia y Portugal (entre los Estados miembros) prevén en sus normas constitucionales la existencia de dicho principio general.

<sup>54</sup> Véase Conclusiones del Abogado General (punto 26).

<sup>55</sup> Con ocasión del Asunto *Palacios de la Villa*, el Abogado General Mazak se pronunció en relación con los criterios enunciados en el art. 13.1 TCE (actual art. 19.1 TFUE), al sostener que si el razonamiento seguido en la sentencia *Mangold* tuviera su conclusión lógica, todas las prohibiciones específicas referidas a los distintos tipos de discriminación mencionadas en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, y no únicamente la prohibición de las discriminaciones vinculadas a la edad “deberían ser consideradas como principios generales del Derecho comunitario”: Conclusiones del Abogado General, C-411/05, punto 9.

En este sentido, el Asunto *Römer* ha sido la primera ocasión en la que el TJUE se ha planteado extrapolar la jurisprudencia *Mangold/Kücükdeveci* a otra causa de discriminación prohibida por el art. 19 TFUE como la orientación sexual, soslayando así su posición asumida previamente en el Asunto *Grant*. En este asunto el Tribunal debía determinar, en palabras del Abogado General Jääskinen, si la discriminación por razón de la orientación sexual “posee el mismo estatus de principio general del Derecho de la Unión que el que se beneficia de la prohibición de las discriminaciones por razón de la edad”<sup>56</sup>. En las conclusiones presentadas en este asunto este Abogado General contestó afirmativamente señalando que nada justifica que se aplique de manera menos vigorosa el principio de igualdad de trato a las discriminaciones basadas en la orientación sexual, al entender que esta prohibición se incluye tanto en el art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), como en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, remontándose su existencia a 1999, año en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) expresó por vez primera que el art. 14 CEDH prohibía la discriminación fundada en la orientación sexual<sup>57</sup>. Teniendo en cuenta que la UE garantiza, en tanto principios generales, los derechos fundamentales protegidos por el CEDH (art. 6.3 TUE), y considerando que la Carta de Derechos Fundamentales se limita a codificar los derechos ya garantizados en la UE, el derecho a la igualdad de trato por motivos de orientación sexual ya constituía un principio general del Derecho de la Unión desde el año 1999. Este anclaje cronológico permitió al Tribunal consagrar el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual sin necesidad de revisar su sentencia *Grant*, pronunciada un año antes de que el Tribunal de Estrasburgo reconociera expresamente la existencia de dicho principio general. Así, en su sentencia *Römer* el Tribunal afirmó la existencia de un principio de no discriminación por razón de la orientación sexual basado en los argumentos apuntados en su sentencia *Kücükdeveci*<sup>58</sup>, si bien precisó que la aplicación de este principio requiere que la

---

<sup>56</sup> Véase las Conclusiones presentadas por el Abogado General Jääskinen el 15 de julio de 2010, en el Asunto C-147/08, *Jürgen Römer c. Freie und Handestadt Hamburg*, punto 125.

<sup>57</sup> En efecto, a partir de 1999 el TEDH estima que el art. 14 del CEDH, cuyo contenido no tiene carácter limitativo, es aplicable a una diferencia de trato basada en la orientación sexual y que tal discriminación no puede tolerarse con arreglo al citado Convenio: Sentencia TEDH de 21 de diciembre de 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, aptdos. 28 y 36. Véase también la sentencia *S.L. c. Austria*, de 9 de enero de 2003, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-I, aptdo. 37 (“las diferencias basadas en la orientación sexual han de justificarse por razones particularmente graves”).

<sup>58</sup> Como apuntó el Abogado General Jääskinen “[L]a prohibición de ‘toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de [...] orientación sexual’ se ha incorporado de este modo al artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, cuya intención no

situación litigiosa se encuentre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión<sup>59</sup>.

Por tanto, a partir de su concreta expresión en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, el principio general de no discriminación no se limitaría a prohibir las discriminaciones mencionadas expresamente en el art. 19.1 TFUE, sino que extendería su ámbito de aplicación a toda discriminación fundada en cualquiera de los motivos discriminatorios previstos en aquella disposición<sup>60</sup>. Incluso, dado que el listado de motivos discriminatorios que recoge el art. 21 de la Carta de la UE no tiene carácter exhaustivo, nada impide que el principio general de no discriminación se pueda extender a otros motivos no mencionados expresamente en el art. 21 como, por ejemplo, la enfermedad. En este sentido, se habría producido cierta sinergia entre el principio general de no discriminación, tal y como se recoge en los arts. 21 de la Carta de la UE y 14 del CEDH. Y es que, cualquiera que sea el anclaje jurídico del principio de igualdad de trato (art. 14 CEDH y/o art. 21 de la Carta de la UE), su alcance es por naturaleza general y debería abarcar la totalidad de los motivos de diferenciación que tengan su fundamento en una característica personal.

### **3. Alcance del principio general de no discriminación por razón de la edad: el efecto directo horizontal del principio**

Tras las numerosas críticas que suscitó la sentencia *Mangold* a raíz del reconocimiento de un principio general de no discriminación por razón de la edad, el Asunto *Kücükdeveci* ha centrado las críticas en torno al ámbito de aplicación de dicho principio y su alcance en las relaciones entre particulares. El TJUE estimó que la Directiva 2000/78 no puede, por sí sola, ser invocada en un litigio entre particulares, señalando la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar el Derecho interno, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y la finalidad de dicha Directiva (“principio de interpretación conforme”). Ahora bien, dado que no era posible tal

---

era crear nuevos derechos, sino confirmar los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión”: punto 130 de las Conclusiones.

<sup>59</sup> Sentencia TJUE de 10 de mayo de 2011, *J. Römer c. Frei und Handsesdadt Hamburg*, Asunto C-147/08, aptdo. 60.

<sup>60</sup> BRIBOSIA, E., et BOMBOIS, T., «Interdiction de la discrimination en raison de l’âge: du principe,... », *cit.*, p. 78. Esta interpretación es defendida por el Abogado General Kokott en sus Conclusiones emitidas en el Asunto *Test-Achats*, en el que afirmó que el ejercicio de las facultades del Consejo no puede tener como efecto vaciar de contenido la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión, subrayando que “[e]ntre los principios fundamentales del Derecho de la Unión cabe destacar las prohibiciones concretas de discriminación establecidas en el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales”: Asunto C-236/09, punto 48. En este asunto el Abogado General propuso que el Tribunal declarara la invalidez del art. 5.2 de la Directiva 2004/113 por vulnerar la prohibición de discriminación por razón de sexo, reconocida como derecho fundamental en la Unión: aptdo. 70.

interpretación debido a que la claridad y precisión del Derecho interno no admitía una interpretación conforme con aquella norma, el Tribunal consideró que el principio de no discriminación por razón de la edad impone al juez nacional, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión y la necesidad de garantizar su plena eficacia, la obligación de dejar sin aplicación cualquier disposición del Derecho interno contraria a dicho principio. Por ello, la sentencia *Kücükdeveci* supone un paso significativo en el reconocimiento del efecto de exclusión de las directivas en las relaciones entre particulares<sup>61</sup>. Aun sin reconocer el efecto directo de la Directiva 2000/78, cuya ausencia reafirma, el Tribunal ha encontrado un nuevo paliativo para contrarrestar los efectos negativos en el trabajador de la ausencia de efecto directo horizontal de la Directiva, cuando no sea posible la interpretación conforme.

En efecto, para el Tribunal la Directiva 2000/78 concreta, sin establecerlo, el principio de no discriminación por razón de la edad, afirmando que dicho principio constituye una aplicación específica del principio general de igualdad de trato<sup>62</sup>. A través de este razonamiento el Tribunal confiere a una categoría particular de directivas - aquellas que concretan principios generales del Derecho - invocabilidad directa en las relaciones entre particulares. Ahora bien, el reconocimiento de un efecto directo a un principio general del Derecho concretado a través de una directiva obliga a replantearse los problemas que fueron suscitados en la sentencia *Mangold* y que pueden sintetizarse, por una parte, en los efectos que dicho reconocimiento pudiera tener en el reparto competencial entre la Unión y sus Estados miembros; y, por otra, en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación por razón de la edad.

La jurisprudencia *Mangold/Kücükdeveci* ha tenido repercusión en términos de reparto competencial entre la Unión y sus Estados miembros<sup>63</sup>. La doctrina ha señalado que, a

---

<sup>61</sup> El efecto directo vertical de la Directiva 2000/78 fue reconocido en el Asunto *Pertersen*, donde el Tribunal declaró que la prohibición de discriminación por razón de edad que establece la Directiva 2000/78 es lo suficientemente incondicional y precisa para su invocabilidad directa, reafirmando la primacía del Derecho de la Unión respecto a una norma nacional anterior a la Directiva, e incompatible con ésta, y que esa primacía vincula a todos los órganos de la Administración, incluido el organismo alemán de previsión social demandado.

<sup>62</sup> Sentencia *Kücükdeveci*, aptdo. 50. Como señala M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “este fundamento principal parece sugerir que el efecto de exclusión de la Directiva 2000/78 deriva del especial rango que se otorga a la prohibición de discriminación como principio general del Derecho comunitario (y, aunque el Tribunal no lo explicita, como derecho fundamental según la Carta)”: RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Efecto directo e invocabilidad *inter privatos* de las directivas laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2010, 1-11, p. 11.

<sup>63</sup> Estos problemas fueron sintetizados por el Abogado General Mázak en sus Conclusiones presentadas en el Asunto *Palacios de la Villa*, al señalar que reconocer cierto grado de autonomía al principio general de no discriminación por razón de la edad, permitiendo que pueda ser invocado en lugar o de manera independiente a la Directiva 2000/78 “no solamente [...] suscitaría graves preocupaciones en materia de seguridad jurídica, sino [...] que remite a la cuestión del reparto de



través de esta jurisprudencia el TJUE ha ido más allá de sus atribuciones, al reconocer al principio de no discriminación por razón de la edad invocabilidad directa en las relaciones entre particulares, tanto con carácter previo a la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2000/78 (*Mangold*) como después de transcurrir dicho plazo (*Kücükdeveci*)<sup>64</sup>. Asimismo, la concesión de un efecto directo horizontal al principio general de no discriminación por razón de la edad se inscribe en la línea jurisprudencial del TJUE en materia de igualdad de trato basada en el sexo o en la nacionalidad. Es cierto que, a diferencia de la sentencia *Kücükdeveci*, en la que el principio general invocado horizontalmente no estaba escrito, los principios de no discriminación por razón de sexo o de nacionalidad sí estaban consagrados expresamente en los Tratados<sup>65</sup>. Sin embargo, esta distinción no parece justificarse tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa puesto que el principio de no discriminación por razón de la edad encuentra una consagración particular en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales. A diferencia del Asunto *Mangold*, en el que el TJUE fundó exclusivamente el efecto directo horizontal en la propia Directiva 2000/78 (art. 6), en la sentencia *Kücükdeveci* este efecto horizontal se fundamenta en el *principio general del Derecho de la Unión* que prohíbe toda discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78<sup>66</sup>. Para el Tribunal, la Directiva 2000/78 no puede disminuir el alcance de este principio general, lo que sucede si no se permite invocar la Directiva en un litigio *inter privatos* para rechazar la aplicación de una legislación nacional contraria a dicha norma.

La interpretación del TJUE en el asunto *Kücükdeveci* plantea todavía más dudas en relación con la seguridad jurídica. Y es que el TJUE aplica *de facto* la Directiva 2000/78 a un litigio entre particulares, si bien lo hace como expresión de un principio general de no discriminación por razón de edad que se identifica prácticamente con la Directiva 2000/78, o al menos con la mayor parte de sus disposiciones. Hubiera resultado más lógico que, tanto en *Mangold* como en *Kücükdeveci*, el Tribunal hubiera determinado si la violación de la prohibición de discriminar contenida en la Directiva 2000/78 implicaba igualmente una violación del principio general del Derecho correspondiente, antes de

---

competencias entre la Comunidad y sus Estados miembros así como, de manera general, a la atribución de poderes en virtud del Tratado”: Asunto 411/05, punto 138.

<sup>64</sup> Véase, en este sentido, LENAERTS, K., et GUTIÉRREZ-FONS, J.A., “The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law”, *Common Market Law Review*, vol. 47, 2010, 1629-1669, en concreto pp. 1639-1649.

<sup>65</sup> La aplicabilidad directa del art. 157 TFUE (igualdad de trato salarial por razón de sexo) en las relaciones entre particulares fue reconocida por el TJUE en la sentencia *Defrenne II*, Sentencia TJCE de 8 de abril de 1976, Asunto 43/75, aptdo. 39.

<sup>66</sup> Sentencia *Kücükdeveci*, aptdo. 27.

reconocer un efecto directo horizontal a dicho principio en un litigio entre particulares<sup>67</sup>. Ahora bien, como señaló el Abogado General Bot, dado que la Directiva 2000/78 fue adoptada para concretar el principio general de igualdad de trato y no discriminación, esta norma no puede restringir su alcance. Precisamente porque no se puede modificar el tenor de un principio general del Derecho el legislador de la Unión no puede eliminar el efecto directo horizontal de tal principio al adoptar la Directiva 2000/78. Y es que, en tanto derecho fundamental de la Unión, el principio de no discriminación por razón de edad opera en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, por lo que la normativa interna que regule materias a las que se refiere la Directiva 2000/78 también deberá cumplir con tal principio, incluso cuando la situación jurídica se refiera a otros ámbitos distintos de las relaciones laborales (como, por ejemplo, la seguridad social, la educación, los beneficios sociales o el acceso a bienes y servicios), contemplados en otras directivas antidiscriminatorias (como es el caso de la Directiva 2000/43). Esta circunstancia podría ser utilizada para el reconocimiento de derechos individuales a nivel interno, sobre todo si consideramos que son varias las directivas que contribuyen a garantizar derechos fundamentales que expresan principios generales del Derecho de la Unión. En las Conclusiones presentadas en el Asunto *Kücükdeveci* el Abogado General Bot subrayó los problemas que pueden surgir en este contexto en el futuro, al afirmar que:

“..., habida cuenta que el Derecho comunitario se inmiscuye cada día más en las relaciones entre particulares, a mi juicio, el Tribunal de Justicia deberá enfrentarse inevitablemente a otros supuestos que plantean la cuestión de la invocabilidad en litigios entre particulares de directivas que contribuyen a garantizar derechos fundamentales. Dichos supuestos aumentarán probablemente si la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquiere en el futuro fuerza jurídica vinculante, ya que entre los derechos fundamentales que se mencionan en la referida Carta algunos figuran en el acervo comunitario en forma de directivas. Desde esta perspectiva, a mi juicio, el Tribunal de Justicia debe ya desde hoy mismo reflexionar sobre si la identificación de derechos que constituyen derechos fundamentales, garantizados por directivas, permite fortalecer la invocabilidad de éstas en litigios entre particulares o no”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Este análisis sí fue llevado a cabo por la Abogada General Sharpston en sus Conclusiones presentadas en el Asunto *Birgit Bartsch c. Bosch and Siemens Hausgeräte (BSH)*, en el que procedió a una doble evaluación del carácter discriminatorio o no de la norma nacional, primero en relación con la Directiva 2000/78, y luego en relación con el principio general (Asunto C-427/06, puntos 94-124).

<sup>68</sup> Conclusiones del Abogado General Bot en el Asunto *Kücükdeveci* (punto 90). Por ejemplo, si la Directiva sobre Protección de Datos da expresión al principio general de privacidad, la normativa

#### 4. La conexión con el Derecho de la Unión como condición para la invocabilidad horizontal del principio

Para que el principio general del Derecho de la UE que prohíbe la discriminación por razón de edad pueda aplicarse en las relaciones horizontales y descartar así una disposición nacional contraria a una norma de la UE, es preciso que la situación jurídica se inscriba en un contexto comunitario suficiente<sup>69</sup>. Así lo estimó el Tribunal en la sentencia *Kücükdeveci*, al considerar que la reglamentación nacional alemana referida a las condiciones de despido entraba en el campo de aplicación de la Directiva 2000/78, una vez expirado el plazo otorgado a Alemania para su transposición. El Tribunal distinguió *ratione temporis* el Asunto *Kücükdeveci* del Asunto *Bartsch*, que se refería a hechos anteriores a la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2000/78. En particular, este órgano judicial consideró que, a diferencia de lo que sucedió en el Asunto *Mangold*, en el que la normativa nacional constituía una transposición de una directiva<sup>70</sup>, en el Asunto *Bartsch* las disposiciones nacionales no suponían una medida de aplicación del Derecho de la Unión.

Este planteamiento fue reiterado más tarde en el Asunto *Römmel*, si bien en relación con la prohibición de discriminación por orientación sexual. En este asunto el Tribunal consideró que una normativa nacional que establece un método de cálculo para la pensión complementaria de jubilación más favorable para los beneficiarios casados que para los que conviven como pareja estable inscrita, no era una medida de aplicación de la Directiva 2000/78 ni de otras disposiciones del Derecho de la Unión; por lo que, sólo una vez finalizado el plazo de transposición de la Directiva, la normativa nacional que regula las condiciones de retribución entraría en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (art. 157 TFUE), al tratarse, además, de una materia contemplada en dicha Directiva. Por ello, aun en el supuesto de que la normativa nacional constituya una discriminación prohibida por el art. 2 de la Directiva 2000/78, el derecho a la igualdad de trato no podría ser invocado por un particular antes de haber finalizado el plazo de

---

nacional contraria al mismo debería ser inaplicable y la Directiva en cuestión aplicada directamente en un litigio entre particulares, en línea con lo dispuesto en *Kücükdeveci*. Podría cuestionarse también si esta doctrina judicial se aplica únicamente a las directivas que dan efecto a derechos sociales o, de manera más amplia, a todas las directivas que protegen derechos recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales.

<sup>69</sup> En palabras de la Abogada General Sharpston debe existir “una regla positiva específica aplicable de Derecho comunitario relativa a la situación a la que podría aplicarse el principio general de igualdad”: Conclusiones presentadas en Asunto *Bartsch*, punto 69.

<sup>70</sup> En este caso, la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEP sobre el trabajo de duración determinada: *DO*, L 175, p. 43.

transposición de la Directiva 2000/78<sup>71</sup>. Y es que, como estimó el Tribunal en el Asunto *Kücükdeveci* y reiteró en la sentencia *Römmner*, ni el art. 19 TFUE ni la propia Directiva 2000/78 permiten vincular la situación litigiosa con el campo de aplicación del Derecho de la Unión<sup>72</sup>.

Por tanto, si la situación potencialmente discriminatoria tiene relación con el ámbito de aplicación material (esto es, el empleo en sentido amplio), y temporal de la Directiva 2000/78, será la propia Directiva la que deberá ser aplicada. En cambio, cuando la situación litigiosa no se englobe en el ámbito de aplicación - temporal o material - de la Directiva 2000/78, pero sí presente una conexión con el campo de aplicación del Derecho de la Unión, la Directiva 2000/78 no será aplicable. En su lugar se aplicaría directamente el principio general de igualdad de trato en sus distintas manifestaciones, tanto en las relaciones verticales como horizontales<sup>73</sup>. En consecuencia, sólo cuando la práctica o disposición discriminatoria no presente conexión alguna con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (como sucedió en el Asunto *Bartsch*), ni la Directiva 2000/78 ni el principio general de igualdad de trato (en sus distintas manifestaciones) serían aplicables.

En todo caso, es probable que esta jurisprudencia expansiva relativa al principio de no discriminación tenga nuevos episodios, pues podría ser utilizada para extender la acción de la Unión en aquéllos ámbitos competenciales en los que habitualmente opera la prohibición de discriminación, como es el caso de la política social, sobre todo considerando las amplias zonas de penumbra que existen en materia de derechos fundamentales en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

#### **IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN**

1. El repaso a la jurisprudencia del Tribunal deja traslucir que la edad es un factor de diferenciación particularmente problemático y difícil de delimitar, debido a las amplias posibilidades que tienen los Estados miembros para configurar situaciones exceptuadas de la prohibición de discriminación por razón de la edad conforme a la Directiva 2000/78, que establece un marco mínimo para luchar contra la discriminación, si bien circunscrito al ámbito del empleo y de la ocupación.

---

<sup>71</sup> Sentencia *Römmner*, aptdo. 63.

<sup>72</sup> Sentencia *Kücükdeveci*, aptdo. 25, y Sentencia *Römmner*, aptdos. 61 y 62.

<sup>73</sup> Así, en el Asunto *Römer* el Abogado General Jääskinen sostuvo que una disposición de Derecho interno, incluso de rango constitucional (como el art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn), no puede justificar que una normativa nacional pueda entrar en conflicto con el Derecho de la Unión, y en particular, con el principio general de igualdad de trato: punto 180 de las Conclusiones.

2. Por una parte, se advierte una consolidación de la prohibición de discriminación por razón de edad con sus propios presupuestos, que son diferentes a los aplicables a las otras causas de discriminación de nueva generación previstas en la Directiva, lo que conduce a una fragmentación jurisprudencial del principio de igualdad de trato en atención a la causa de discriminación prohibida. A ello contribuye la redacción utilizada en la Directiva 2000/78, que reduce considerablemente las posibilidades del Tribunal para aplicar criterios que permitan reducir la flexibilidad con la que se aborda la prohibición de la discriminación por razón de la edad en la norma comunitaria.

3. Por otra parte, el factor de la edad tiene un juego menos riguroso en comparación con otras discriminaciones prohibidas, por cuanto opera habitualmente sobre la política social, ámbito que es objeto de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. La prohibición de discriminación por razón de edad que articula la Directiva 2000/78 deja en manos de los Estados miembros su aplicación práctica pues, al prever su art. 6.1 un abanico tan amplio de excepciones, se debilita la eficacia de aquella prohibición. Sin embargo, esta facultad de apreciación no es ilimitada pues su ejercicio no puede tener como efecto vaciar de contenido la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión, como son las prohibiciones concretas de discriminación contenidas en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, entre las que figura la edad.

4. Respecto a la causa de justificación general vinculada a la protección del orden público, la salud pública y los derechos fundamentales, su utilidad en el terreno de las diferencias de trato por razón de la edad puede quedar lastrada si, como apunta el Tribunal en los Asuntos *Petersen y Küçükdeveci*, el art. 6.1 de la Directiva permite justificar una diferencia de trato basada en la edad al amparo de cualquier objetivo legítimo que presente “interés general”. Para el Tribunal, la prueba de justificación de una diferencia de trato basada en la edad se aprecia de la misma manera tanto si el objetivo perseguido figura en el contexto del art. 2.5 de la Directiva (excepciones generales) como si lo hace en el ámbito del art. 6.1 de esta norma (justificaciones específicas).

5. En cambio, el régimen particular que prevé el art. 4.1 de la Directiva, relativo a la exigencia de un “requisito profesional esencial y determinante”, conserva toda su virtualidad práctica. Para que una diferencia de trato ligada a la edad pueda integrar el campo de aplicación del art. 4.1 de la Directiva, los criterios que maneja el Tribunal son más estrictos que las condiciones requeridas para invocar el art. 6.1 de la Directiva. Para el Tribunal, si se invoca este régimen particular el trato desigual sólo podrá justificarse si

la medida en cuestión persigue *objetivamente* (juicio de idoneidad), y de manera adecuada (juicio de necesidad) y proporcionada un objetivo legítimo<sup>74</sup>.

6. Por último, la jurisprudencia *Mangold/Kücükdeveci* confirma que la Directiva 2000/78 no ha establecido un principio general de no discriminación por razón de la edad, sino que esta norma está destinada a facilitar la aplicación concreta de este principio general del Derecho en el ámbito del empleo y la ocupación, pero sin alterar el contenido ni el alcance jurídico del mismo. Sin embargo, como ha estimado el Tribunal en los Asuntos *Kücükdeveci* y *Römmner*, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la Carta de los Derechos Fundamentales ha reforzado el alcance y el contenido de la prohibición de la discriminación por razón de edad como principio general del Derecho de la Unión, al situar su anclaje jurídico precisamente en el art. 21 de la Carta. Este nuevo fundamento conlleva, al menos, dos consecuencias jurídicas. De un lado, este principio general debe ser interpretado de manera extensiva, incluyendo la totalidad de los motivos de discriminación prohibidos por el Derecho de la Unión, enumerados o no en el art. 21 de la Carta. Por tanto, si legislador de la Unión adopta “acciones” para luchar contra la discriminación conforme al art. 19.1 TFUE, deberá hacerlo en consonancia con el principio general de igualdad de trato, tal y como se configura en el Derecho originario. De otro lado, el principio general de igualdad de trato, en su dimensión prohibitiva de las discriminaciones por motivos de edad, es susceptible de ser aplicado en las relaciones entre particulares, de manera supletoria e incluso independiente a la Directiva 2000/78. En efecto, el principio general de no discriminación (en sus distintas manifestaciones) será operativo siempre que la situación litigiosa se englobe en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, lo que permitirá paliar la ausencia de efecto directo horizontal tanto de la Directiva 2000/78 como del resto de las directivas antidiscriminatorias adoptadas con base en el art. 19 TFUE.

---

<sup>74</sup> En este sentido, C. O’CINNEIDE ha señalado que tanto en el caso del art. 4.1 como del art. 6.1 de la Directiva, la justificación objetiva de acuerdo al “test de proporcionalidad” debe ser probada, si bien lo que debe ser demostrado varía según el precepto que se trate. Para que la edad pueda considerarse un “requisito profesional esencial y determinante”, habrá que demostrar *objetivamente* que es necesario tener una edad determinada para ejercer una concreta actividad o profesión. Mientras que, para que la discriminación *directa* fundada en la edad pueda justificarse conforme al art. 6.1 de la Directiva, se ha de probar que la utilización de la edad como “factor sustancial” en la decisión es “proporcionada y necesaria”: “Age Discrimination and the European Court of Justice: EU Equality Law Comes of Age”, *Revue des Affaires Européennes*, núm. 2, 2009/2010, pp. 253-276.