

DESPIDO COLECTIVO Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

FELIPE CEGARRA CERVANTES

NET21 NÚMERO 11, MAYO 2022

1. Dificultades para acotar lo que deba considerarse como "edad madura" en el empleo

De todas las discriminaciones que puede sufrir una persona en el trabajo, tal vez sea la que se basa en la edad aquella que mayores particularidades presenta. Aludir a la discriminación por razón de edad o "edadismo", cuando trae causa precisamente de la madurez, significa enfrentarse a un fenómeno ciertamente impreciso, que -de una u otra forma- planea sobre todas las fases de la relación laboral: antes del inicio de la relación laboral (lo que conlleva excluir de la contratación a las personas maduras), durante su vigencia (mediante un ejercicio del poder de dirección empresarial que *penaliza* bajo diversas formas a quien más edad tiene) o al finalizar la misma (mediante su afectación prioritaria en las diversas modalidades de extinción del contrato de trabajo).

A lo apuntado se añade que, en materia de edad madura, no es posible establecer indicadores objetivos e inamovibles. Por un lado, si olvidamos las ventajas que aporta en cualquier ámbito la experiencia y madurez, se ha asociado a la edad avanzada una merma de las capacidades psicofísicas que repercuten en el rendimiento y en la productividad. No obstante, el tipo de actividad y -sobre todo- las condiciones de la propia persona, resultarán determinantes para que así suceda a partir de un determinado umbral cronológico.

Sumemos a lo manifestado el propio devenir de nuestra la sociedad y, más concretamente, la progresiva ampliación de la esperanza de vida, estando acompañada por una mejora de las condiciones en la que ésta se va desarrollando. Evidentemente, con estas circunstancias, resulta muy complicado señalar una edad como elemento "estático" para considerar que una persona trabajadora es madura a los efectos de ser potencialmente víctima de este tipo de discriminación.

El género indudablemente también representa un elemento decisivo a estos efectos. Los datos estadísticos no se cansan de revelar cómo la mujer trabajadora madura, sobre todo si adolece de baja cualificación y ha debido sacrificar su formación y su desarrollo profesional para asumir el mayor peso de la conciliación en el hogar, está más expuesta a esta discriminación a una edad inferior que la del hombre. Se trata de una discriminación que puede llegar a ser múltiple, ya que acumula a otras conductas que también están asociadas al género femenino (acoso sexual, acoso por razón de sexo, "techo de cristal", etc.) y a las que se añaden determinados convencionalismos y roles sociales sobre la imagen de la mujer.

Por si todo lo anterior no resultara suficiente, hoy día no debemos olvidar los nuevos riesgos que trae la irrupción de las nuevas tecnologías de la que se ha dado en llamar la "Cuarta Revolución Industrial" o "Industria 4.0". Por un lado, la menor empleabilidad se acrecienta, si cabe más, por la *robotización* de las relaciones laborales, lo que conducirá -de manera gradual- una paulatina sustitución de los puestos de trabajo de poca cualificación y de menor capacidad de adaptación por las nuevas tecnologías, aplicadas a la inteligencia artificial o a su incorporación al proceso productivo mediante el empleo de robots. En consecuencia, las posibilidades de encontrar otros nichos de mercado o dotar de un tiempo "extra" a la vida laboral mediante el reciclaje profesional y la recolocación se reducen aún más. Por otro lado, no es menor el riesgo que también comporta la conocida como "brecha digital" ante la imposibilidad de las personas de mayor de edad de asimilar las nuevas tecnologías en el trabajo y en su día a día, pese a estar ya presentes en todos los ámbitos.

2. La edad y su incidencia en las reestructuraciones empresariales

Los años que sucedieron a la instauración del régimen democrático de la Constitución de 1978, se caracterizaron por las grandes reconversiones que afectaron a determinados sectores industriales que no resultaban viables en el nuevo modelo económico del país.

En las reestructuraciones laborales que acompañaron a dichos procesos, si se analiza la afectación, las personas trabajadoras maduras fueron sin duda las grandes protagonistas. Es en ese momento, mediante el juego combinado de las prestaciones y subsidios, las ayudas estatales "ad hoc" que acompañaban a dichos procesos y las aportaciones de las propias empresas, se dotaba a las

personas maduras afectadas de los medios suficientes, mediante la *prejubilación*, para que su práctica expulsión de manera definitiva del mercado laboral fuese la única opción imaginable. Al igual que ocurría con el establecimiento de una edad de jubilación obligatoria en el Estatuto de los Trabajadores, este tipo de limitaciones al derecho al trabajo eran aceptadas (STC 22/1981, de 2 de julio) fundamentalmente bajo dos premisas: quien “salía” del mercado de trabajo contaba ya con una sobrada carrera de cotización previa que le permitía acceder a la jubilación en condiciones óptimas y, al mismo tiempo, se favorecía el relevo generacional, permitiendo el acceso al mercado de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras más jóvenes. Es importante puntualizar, además, que este tipo de decisiones eran adoptadas bajo un contexto de bonanza, que en nada hacía presagiar que peligraría nuestro sistema de pensiones.

La tendencia de afectación mayoritaria de las personas de edad en los despidos colectivos y, en general, en las reestructuraciones laborales basadas en la extinción de los contratos de trabajo, se ha venido manteniendo desde entonces. No obstante, con el devenir de los años, cambia el escenario y las grandes reconversiones impulsadas desde el propio Gobierno han dado paso a que la *prejubilación* sea una herramienta más a disposición de la empresa que acomete un despido colectivo, donde confluyen la indemnización derivada del despido, la regulación de la jubilación anticipada por causas objetivas (artículo 207 LGSS), la prestación por desempleo (artículo 262 y siguientes de la LGSS), el subsidio para mayores de 52 años (artículo 285 LGSS), así como las medidas de previsión social que pueda asumir la empresa que despide (artículo 8.6. a) *in fine* del RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre).

Frente a ello, las previsiones demográficas auguran que, ante la tasa tan baja de natalidad que registra nuestro país, en los próximos treinta años, España será uno de los países más envejecidos del mundo, en el que las personas de sesenta y cinco o más años representarán más de un tercio de la población.

A la reducción gradual de cotizantes, se suma la menor aportación de los mismos al sistema como consecuencia de la precariedad laboral derivada la crisis financiera que se inició a escala global a finales de 2007, y cuya resonancia se ha mantenido hasta nuestros días, viéndose agudizada posteriormente como consecuencia de los efectos de la pandemia del Covid 19.

Dieron buena muestra de las medidas drásticas que debían ser adoptadas para velar por el sostenimiento del sistema de pensiones las reformas de la Seguridad Social de esa época. Por un lado, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y por el otro el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. Estas normas ponían de relieve la necesidad de retrasar la edad de jubilación incentivando la prolongación de las carreras de cotización.

Llegados a este punto, se produce una paradoja que sigue antojándose irresoluble hoy día y que sitúa en el centro del dilema a la persona trabajadora de edad. Por un lado, este colectivo sigue siendo en más afectado por las reestructuraciones colectivas, pero -al mismo tiempo- el horizonte de la jubilación se ve ahora cada vez más lejano y complicado. El resultado no es otro que *condenar* a estar personas a transitar por el empleo temporal, el autoempleo precario o directamente caer en el desempleo de larga duración, a lo largo de una travesía sostenida con subsidios cuya meta es la jubilación anticipada con unos severos porcentajes reductores.

3. La protección en el ámbito de la Unión Europea

Dentro de las discriminaciones frente a las que lucha la Unión Europea en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluye expresamente también a la edad.

Más en concreto, en el ámbito de las Directivas comunitarias frente a las diversas manifestaciones de discriminación debe ser citada la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Como señala su artículo 1, la Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el cometido de que los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. La protección alcanza tanto a la discriminación directa, la discriminación indirecta como frente al acoso en el ámbito del empleo y la ocupación.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el resto de casos, el artículo 6 de la Directiva incorpora un instrumento jurídico que puede ser considerado como un salvoconducto para los Estados miembros, que habilita para que las diferencias de trato basadas en la edad no puedan ser consideradas siempre como discriminatorias. Así ocurre si estas diferencias están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. El planteamiento de estas diferencias de trato queda planteado de una forma tan genérica que los Estados miembros cuentan con un margen muy amplio para poder encuadrarlas bajo un propósito *adecuado y necesario*.

La interpretación por parte del TJUE de las excepciones no ha sido precisamente restrictiva. Ha venido a confirmar en muchas ocasiones la adecuación de las disposiciones de cada Estado miembro a las mismas (SSTJUE 28 de octubre de 2004, asuntos T-219/02 y T-337/02, "caso Lutz Herrera"; 17 de octubre de 2007, asunto C-411/05, "caso Palacios"; 18 de junio de 2009, asunto C-88/08, "caso Hütter"; 18 de noviembre de 2010, asuntos C-250/09 y C-268/09, "caso Georgiev"; de junio de 2016, asunto C-159/15, "caso Lesar").

4. La protección en el ámbito del derecho español

Es sabido que el artículo 14 de la Constitución Española reconoce el derecho fundamental a la igualdad y la protección frente a la discriminación. Aunque el artículo no alude de manera expresa a la edad, resulta incuestionable que su protección se encuentra amparada por la referencia a "cualquier circunstancia personal" que pueda afectar a la persona, como así ha confirmado el Tribunal Constitucional (STC 75/1983, de 3 de agosto).

Siguiendo el camino trazado por la Directiva 2000/78, el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 17 declara nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables incluyendo expresamente a la edad.

En el ámbito más concreto del despido colectivo, la afectación de las personas de edad debe estar debidamente justificada, conforme a unos criterios de selección basados en parámetros objetivos (artículo 3.1.e) del RD 1483/2012, de 29 de octubre).

Además, en el desarrollo del período de consultas del despido colectivo se contempla la posibilidad de fijar determinadas prioridades de permanencia, más allá de las que se otorgan a los representantes de las personas trabajadoras. En este caso, el legislador piensa en los colectivos especialmente vulnerables, dentro de los que sin duda se incluye a las personas trabajadoras maduras.

Salvando esa posibilidad, el legislador mantiene un enfoque *liberalizador* respecto de la afectación de las personas maduras en los despidos colectivos, en el sentido de que no se establece ningún condicionante previo, más allá de que el puesto esté afectado por las causas en las que se sustenta el despido colectivo, contando -por tanto- con una base objetiva. Este planteamiento contrasta con la regulación anterior a la Constitución de 1978, mucho más proteccionista (por ejemplo, el RD 2431/1996, de 13 de agosto y el RD 1293/1970, de 30 de abril).

Por ello, se establecen diversas obligaciones empresariales que, aunque no prohíben la afectación (que puede seguir siendo mayoritaria) de las personas de edad, sí que la desincentivan o gravan teniendo en cuenta circunstancias expuestas anteriormente como el desempleo de larga duración y la penalización que representa para el futuro acceso a la pensión de jubilación. Dentro de este grupo de trámites adicionales debemos aludir a la aportación al Tesoro Público a cargo de las empresa o grupos de empresas con beneficios que despida a personas de cincuenta o más años (art. 51.11 del ET, Disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 y RD 1484/2012, de 29 de octubre), el convenio especial de Seguridad Social a favor de personas de cincuenta y cinco o más años (art. 51.9 del ET y Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre) y el plan de recolocación y las medidas sociales (artículo 51.10 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 8 y 9 RD 1483/2012, de 29 de octubre) debiendo ofrecer un tratamiento específico para colectivos vulnerables como el de las personas maduras.

Las contrapartidas que debe asumir la empresa han determinado que la utilización de la edad como criterio de selección no suponga, necesariamente, causa de discriminación. Para ello, se toma en consideración si concurren también otros criterios de afectación (STC 66/2015, de 13 de abril, STS) y la

cercanía a la edad de jubilación, lo que conduce a que las expectativas laborales de estas personas sean menores que las de otros colectivos de trabajadores de la empresa (SSTS 15 de junio de 2015, recurso 7284/2000 y 9 de marzo de 2011, recurso 3980/2009).

5. A modo de recapitulación

Resulta innegable que, desde hace unos años, existe una clara concienciación sobre el problema que representa la discriminación por razón de edad en el ámbito del empleo. Al margen de sus perniciosos efectos en el plano más íntimo de la persona afectada (económico y psicológico, fundamentalmente), que podrían seguir aportando valor en el mercado de trabajo con sus conocimientos y experiencia, se suma que sus consecuencias agravan, si cabe aún más, los delicados cimientos sobre los que se sustenta nuestro sistema de pensiones y de los que depende su continuidad.

Hasta no hace demasiado tiempo, la afectación mayoritaria de las personas maduras en los despidos colectivos no era asumida como una opción, sino como parte del proceso *natural* de una reestructuración que debía afectar a quienes podrían estar arropados por un sistema de prestaciones (públicas y privadas), tanto en el tránsito como en el reconocimiento de la pensión de jubilación.

En la actualidad, tal y como se ha destacado, la amortización de puestos de trabajo sigue recayendo fundamentalmente en las personas más mayores. No obstante, la extinción del contrato se produce en un entorno que -precisamente- incentiva la prolongación de la vida activa y penaliza el adelantamiento de la edad de jubilación.

Las obligaciones empresariales que acompañan a la afectación de personas maduras en un despido colectivo desempeñan un doble papel que resulta complementario: por un lado, desincentivan la afectación de este colectivo y, por el otro, contribuyen a que no recaiga solo en el erario público el camino que conduzca a la jubilación.

No obstante, es conveniente indicar que -en la práctica- obligaciones como la aportación al Tesoro o el convenio especial de Seguridad Social a favor de las personas afectadas por un despido colectivo de cincuenta y cinco o más años, no siempre pueden desplegar toda la virtualidad que señala la norma. Así, en el caso de la aportación, el reducido número de expedientes que son tramitados anualmente por el Servicio Público de Empleo cada año

demuestran que esta institución precisa de mayores recursos. La situación actual conduce a que muchos de ellos se encuentren prescritos cuando se reclama la liquidación. En relación con el convenio especial de Seguridad Social, la suscripción por parte de la persona trabajadora es voluntaria. En consecuencia, en muchas ocasiones, renuncia al mismo (no solo en la parte que debe asumir la persona trabajadora a partir de los sesenta y uno o sesenta y tres años, sino también la que recae en la empresa). Respecto a las medidas sociales, son olvidadas y el periodo de consultas del despido colectivo es dedicado casi exclusivamente a negociar el importe de la indemnización por despido.

Las circunstancias que brevemente han sido expuestas en estas líneas conducen a que nos encontremos ante un fenómeno de gran complejidad y magnitud que precisa de una respuesta por parte del legislador mucho más ambiciosa que la actual. En efecto, a las tradicionales amenazas que se cernían sobre este colectivo y que motivaron la incorporación de las obligaciones empresariales asociadas al despido de las personas de edad, se suman ahora retos que parecían impensables en las relaciones laborales hace unos pocos años (la digitalización, la robotización o el empleo de algoritmos), que han intensificado notablemente el riesgo de sufrir discriminación por este motivo y la consiguiente desprotección de quienes pueden estar afectados.