

EDAD, DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y “KALDOR-HICKS”

AGE DISCRIMINATION, POSITIVE DISCRIMINATION AND “KALDOR-HICKS”

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
ORCID: 0000-0002-4218-7569
ibeltran_de_heredia@uoc.edu

RESUMEN: a partir de una síntesis de los criterios jurisprudenciales en los que se ha entendido que la edad ha sido un criterio identitario que ha provocado una discriminación negativa, este estudio, en primer lugar, analiza un supuesto resuelto por el TSJ de Andalucía en el que se ha utilizado como un criterio de discriminación positiva a partir del concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks; y, en segundo lugar, proyecta los efectos que esta doctrina podría tener en la resolución de este tipo de controversias.

PALABRAS CLAVE: Discriminación por edad, discriminación positiva, eficiencia, kaldor-hicks

ABSTRACT: Based on the jurisprudence rules that has held that an age criterion has provoked a negative discrimination, this study, firstly, analyzes a case resolved by the TSJ of Andalusia in which has used as a positive discrimination criterion based on the Kaldor-Hicks efficiency concept; and, secondly, it projects the effects that this doctrine could have in the resolution of this type of controversies.

KEY WORDS: Age discrimination, positive discrimination, efficiency, kaldor-Hicks

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN NEGATIVA. 3. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y EL CONCEPTO DE EFICIENCIA DE KALDOR-HICKS: LA (SUGERENTE) PROPUESTA DEL TSJ DE ANDALUCÍA. 4. UNA VALORACIÓN FINAL. 5. BIBLIOGRAFÍA.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 5 (2022) 283-296
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2022.i5.13>

1. PRESENTACIÓN

La edad es una señal identitaria que, en ciertas situaciones, puede requerir una necesidad de protección frente a la discriminación en el marco del empleo y la ocupación¹. Recogida de forma expresa como factor de discriminación negativa (directa o indirecta) prohibido en diversas disposiciones comunitarias del derecho originario (arts. 21 CDFUE y arts. 10 y 19 TFUE) y derivado² también lo está, de forma genérica, a nivel constitucional (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social” *ex art.* 14 CE) y específica en el art. 4.2.c) ET. Ahondando en lo anterior, el TJUE ha afirmado que “el principio de no discriminación por razón de la edad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, ha sido concretado por la Directiva 2000/78 en el ámbito del empleo y la ocupación y que la prohibición de toda discriminación, en particular por razón de la edad, viene recogida en el artículo 21 de la Carta”³.

No obstante, en relación con la acotación de este factor, es importante partir de las siguientes premisas. En primer lugar (siguiendo el razonamiento de la SJS/33 Madrid 18 de noviembre 2020, rec. 323/2020), debe tenerse en cuenta que “la edad suscita el interrogante de cuándo esta señal identitaria de la persona se encuentra necesitada de protección frente a la discriminación”. De modo que no es un factor “fijo”, sino que puede variar (“al alza” o “a la baja”) en función de las circunstancias. Y, en segundo lugar, que las finalidades que permiten llevar a cabo un trato no favorable por razón de la edad (descritas en el art. 6 Directiva 2000/78: políticas de empleo, mercado de trabajo y formación profesional), han sido interpretadas por el TJUE de forma ciertamente amplia⁴.

Lo cierto es que, a medida que los miembros de la plantilla envejecen, es posible que (por motivos diversos) el interés empresarial por su continuidad decrezca progresivamente. Y la posible pérdida de “atractivo” de las personas desempleadas de edad avanzada en el mercado de trabajo convierte a lo anterior en un proceso particularmente amenazante porque, si la extinción se perfecciona, las posibilidades de revertir el tránsito del empleo al desempleo pueden verse reducidas sustancialmente. Esta circunstancia ha justificado la adopción de determinadas medidas de política de empleo en aras a contener y/o bien, facilitar estos tránsitos.

1. SJS/33 Madrid 18 de noviembre 2020 (rec. 323/2020).

2. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; y 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.

3. Entre otras (citando la STJUE 19 de enero 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*), STJUE 26 de marzo 2020 (T547/18), *Raivo Teeäär*.

4. Compartiendo el criterio de Preciado Domènech (2019, 439) que expone a partir del análisis del contenido de la STJUE 5 de marzo 2009 (C-388/07), *Age Concern*.

Y, en paralelo a este fenómeno, no puede olvidarse que la edad también ha operado como un requisito (“imposibilitante”) para el acceso a determinadas profesiones (y, por ello, también puede describir un trato desfavorable ilegítimo).

La cuestión (y el objeto principal de este breve ensayo) es que, en algún caso se ha acudido a la edad como un factor de discriminación positiva. El propósito de esta comunicación es, precisamente, poner el foco en esta última aproximación y, en particular, a partir de la propuesta analítica sugerida por el TSJ de Andalucía en un conflicto en que se alegaba una discriminación de esta naturaleza. La particularidad del caso es que se ha justificado el trato diferenciado a partir de una matriz conceptual propia de la ciencia económica, como es el concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks*.

No obstante, antes de proceder a este análisis (y a la descripción de este concepto), es oportuno llevar a cabo una (breve) síntesis de los criterios interpretativos respecto de la discriminación negativa directa e indirecta más relevantes desde el punto de vista (mayormente) comunitario. Especialmente porque, quizás, muchos de ellos podrían replantearse desde el punto de vista analítico sugerido por el citado órgano jurisdiccional.

2. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN NEGATIVA (DIRECTA E INDIRECTA)

El factor “edad” ha incidido en la determinación de diversos elementos de la relación de trabajo: en el acceso al empleo, en la determinación de las “condiciones de trabajo” y, obviamente, en la ineficacia del contrato. La cuestión que han tenido que resolver los tribunales (y, en particular, el TJUE) es si estaba justificado.

En relación con el primer ámbito, la edad puede operar como una barrera para el acceso a determinadas actividades (como requisito profesional, esencial y determinante). En efecto, el establecimiento de un tope máximo de edad para acceder a determinadas profesiones ha sido admitida como una opción legítima en el caso de los bomberos (30 años)⁵ y policías (35 años - Ertzaina)⁶. Y también que la normativa nacional prohíba a las administraciones públicas adjudicar misiones de estudio y de asesoramiento a personas jubiladas⁷. En cambio, se ha entendido que el límite de edad (50 años) no estaba justificado para el acceso a la profesión de notario⁸; ni tampoco (30 años) para los policías locales⁹.

5. STJUE 10 de enero 2010 (C-229/08), *Wolf*.

6. STJUE 15 de noviembre 2016 (C-258/15), *Salabarría Sorondo*.

7. STJUE 2 de abril 2020 (C-670/18), *Comune di Gesturi*.

8. STJUE 13 de junio 2021 (C-914/19), *Ministero della Giustizia*.

9. STJUE 13 de noviembre 2014 (C-416/13), *Vital Pérez*.

La edad (máxima o mínima) también ha sido un factor que ha tratado de justificar diferencias de trato en las “condiciones de trabajo”¹⁰. En este sentido, el TJUE ha entendido que la edad es un factor de discriminación al excluir los periodos de trabajo de jóvenes aprendices anteriores a los 18 años a los efectos de fijación del “escalón” profesional de los agentes contractuales de la función pública (austríaca)¹¹. Y la edad en el momento del nombramiento tampoco es un criterio que justifique la determinación de un salario base de un juez¹². Y también se oponen al art. 21 CD-FUE y la Directiva 2000/78 una medida convencional dirigida a que, dentro de cada grado, el escalón de salario base de un empleado público se determina en función de la edad que dicho empleado tenga en el momento de su contratación¹³. Y esta conclusión es extensible a la rebaja de la edad para poder celebrar contratos temporales si no se ha establecido sin límite alguno a partir de la misma (impidiendo el acceso a los beneficios vinculados a la estabilidad en el empleo)¹⁴. Y, desde el punto de vista de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, debe calificarse como discriminatorio que una normativa nacional establezca que los profesores universitarios que siguen ejerciendo su profesión después de haber alcanzado la edad legal de jubilación, solo pueden mantener la condición de profesor titular los que posean el título de director de tesis, mientras que los que no tengan dicha condición, únicamente pueden celebrar contratos de trabajo de duración determinada, con un régimen de remuneración inferior a la que se concede a los profesores titulares¹⁵. Y, el TJUE ha declarado que una diferencia de trato entre trabajadores basada en la concesión de una pensión de jubilación (pagada por el empresario mediante un plan de pensiones) que impide el

10. En este sentido, se acude a este concepto en el mismo sentido amplio que está empleado el TJUE a propósito de la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70. Véase al respecto, entre otras muchas, STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), de *Diego Porras 1*.

11. STJUE 18 de junio 2009 (C-88/08), *Hutter*. Y la normativa nacional dirigida a suprimir esta discriminación por razón de edad tampoco lo es si suprime el citado límite de edad con carácter retroactivo y para todos esos trabajadores, pero únicamente permite computar la experiencia adquirida en empresas que operen en el mismo sector económico (SSTJUE 11 de noviembre 2014, C530/13, *Schmitzer*; y 14 de marzo 2018, C-482/16, *Stollwitzer*).

12. STJUE 9 de septiembre 2015 (C-20/13), *Unland*. No obstante, no es contrario al derecho comunitario que las modalidades de la reclasificación dentro de un nuevo sistema retributivo de los jueces ya nombrados antes de la entrada en vigor de la legislación controvertida, y que prevé que el escalón retributivo en el que éstos quedan clasificados en adelante se determine exclusivamente en función del importe del salario base que percibían en aplicación del antiguo sistema retributivo, siendo así que éste se sustentaba en una discriminación basada en la edad del juez, en cuanto la diferencia de trato que esa legislación implica puede justificarse por el objetivo de proteger los derechos adquiridos.

13. STJUE 8 de septiembre 2011 (C297/10 y C298/10), *Hennigs*.

14. STJUE 22 de noviembre 2005 (C-144/04), *Mangold*. Pronunciamiento importante porque el TJUE declara la eficacia directa y horizontal del principio de no discriminación por razón de edad. Confirmado posteriormente en las SSTJUE 19 de enero 2010 (C-555/07), *Kücükdeveci*; y 19 de abril 2016 (C-441/14), *Dansk Industri*.

15. STJUE 8 de octubre 2020 (C-644/19), *Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu*.

reconocimiento de una indemnización especial por despido, constituía una discriminación directa. En especial porque, al estar la concesión de la citada pensión sujeta a un requisito de edad mínima, dicha diferencia de trato se basaba en un criterio indisolublemente vinculado a la edad¹⁶. En cambio, en otros supuestos (y, conforme a las circunstancias específicas del caso) la previsión de una retribución complementaria para determinados colectivos sobre la base de la edad ha sido admitida¹⁷; y también un método de cálculo de la indemnización por despido por causa económica para mayores de 54 años, en función de la fecha más temprana posible de jubilación¹⁸. Tampoco es contrario al derecho comunitario que no se tomen en consideración los períodos de estudios cursados por un funcionario antes de cumplir los 18 años a los efectos de otorgar un derecho a pensión y de calcular el importe de su pensión de jubilación¹⁹.

Desde el punto de vista de la ineficacia del contrato, el Legislador interno ha estado “jugando” con este factor en aras al fomento del empleo y, si se me permite la expresión, a partir de una “dinámica” ensayo-error. La enésima reforma de la DA 10ª ET (la última, operada por la Ley 21/2021²⁰) es ilustrativa de esta circunstancia y, probablemente, de la ausencia de una hoja de ruta bien definida sobre el objetivo que se pretende alcanzar y, en consonancia, el mejor modo de hacerlo. Quizás, no es exagerado afirmar que en esta cuestión la improvisación campa a sus anchas, pues, la (alta) “volatilidad” de los textos normativos contrasta con previsiones que, *a priori*, están pensadas para proyectarse a décadas vista. No obstante, sobre esta posibilidad (validada internamente por la STC 22/1981), el TJUE ha afirmado que la prohibición de toda discriminación por razón de edad *ex* Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa nacional que considera válidas las cláusulas de jubilación

16. STJUE 12 de octubre 2010 (C499/08), *Ingeniørforeningen i Danmark*.

17. STJUE 27 de febrero 2020 (C773/18 a C775/18), *Land Sachsen-Anhalt*. No obstante, advierte que esto es admisible porque la medida responde a la necesidad de garantizar la protección de los derechos adquiridos en un contexto caracterizado, en particular, tanto por el gran número de funcionarios y jueces afectados como por la inexistencia de un sistema de referencia válido, y no dé lugar a la perpetuación de una diferencia de trato por razón de la edad. Añadiendo que el principio de efectividad debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca que el plazo de caducidad de dos meses para ejercitar una acción por los daños y perjuicios resultantes de una medida discriminatoria por razón de la edad se inicie en la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia en la que se declare el carácter discriminatorio de una medida similar, cuando las personas afectadas corran el riesgo de no estar en condiciones de conocer, dentro de ese plazo, la existencia o la importancia de la discriminación de la que hayan sido objeto. Esto puede ocurrir, en particular, cuando en ese Estado miembro exista una controversia acerca de si la doctrina emanada de dicha sentencia puede aplicarse a la medida en cuestión.

18. STJUE 6 de diciembre 2012 (C-152/11), *Odar*.

19. STJUE 21 de enero 2015 (C-529/13), *Felber*.

20. Y la anterior por el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que, primero, dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo; y, segundo, los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto²¹. E, incluso, estas políticas de empleo y de mercado de trabajo pueden justificar que una disposición nacional permita la extinción por jubilación forzosa al alcanzar una determinada edad (67 años) sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación²².

Y, en el mismo ámbito de la ineficacia contractual y al amparo de la política de empleo, se ha descartado la existencia de una discriminación en una medida que consiste en el aplazamiento, de común acuerdo durante la relación laboral (sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces), de la fecha estipulada de extinción del contrato (vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria) por la única razón de que el trabajador, al alcanzar dicha edad, tiene derecho a la citada pensión²³.

En paralelo, la ineficacia vinculada a una edad máxima en ciertas profesiones o colectivos de trabajadores ha sido admitida si se anuda a una política de empleo²⁴; y

21. STJUE 16 de octubre 2007 (C411/05), *Palacios de la Villa*. Y en términos similares, STJUE 12 de octubre 2010 (C-45/09), *Rosenbladt*.

22. STJUE 5 de julio 2012 (C-141-11), *Homfeldt*.

23. STJUE 28 de febrero 2018 (C-46/17), *John*.

24. STJUE 18 de noviembre 2010 (C-250/09), *Georgiev*. En este asunto el TJUE entiende que el art. 6.1 Directiva 2000/78/CE no se opone a una normativa nacional que establece 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 únicamente mediante contratos de duración determinada de un año prorrogables dos veces como máximo. Entiendo que esta normativa persigue un objetivo legítimo vinculado, en particular, con la política de empleo y del mercado de trabajo (como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones) y permite alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios. O bien, en el asunto *Fuchs* (STJUE 21 de julio 2011, C-159/10 y C-160/10), el TJUE entiende que no es contrario a la citada Directiva una normativa que prevé la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente de los fiscales, cuando éstos han alcanzado la edad de 65 años, aunque les permita seguir trabajando hasta la edad máxima de 68 años, si el interés del servicio lo requiere. Y entiende que esta medida es legítima en tanto que 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 prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios. En el caso de los pilotos (sin perjuicio del asunto *Prigge* – ver nota *infra*), la STJUE 7 de noviembre 2019 (C396/18), *Cafaro*, admite la legitimidad de la extinción automática de la relación laboral de los pilotos empleados por una sociedad que explota aeronaves en el marco de actividades

rechazándola si se entiende que es desproporcionada²⁵. A nivel interno, se ha acudido a estos mismos parámetros para apreciar la legitimidad de diversas decisiones extintivas. Así, por ejemplo, la STC 66/2015 entiende que la utilización de la edad como criterio de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es tuvo una justificación razonable y proporcionada²⁶. En cambio, la coincidencia en la franja de edad (mayores de 50 años) de un colectivo de trabajadores despedidos objetivamente por la empresa de forma injustificada ha sido calificada como discriminatoria (y, en especial, porque, de forma coetánea en el tiempo, el presidente de la compañía había hecho unas declaraciones ensalzando el valor de lo “nuevo” frente a lo “viejo”)²⁷.

En ocasiones, la discriminación por razón de la edad ha concurrido con una vinculada con el sexo. En este sentido, el TJUE ha declarado que una normativa nacional que permite a un empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a una pensión de jubilación constituía una discriminación directa por razones de sexo, en la medida en que las mujeres adquirirían el derecho a tal pensión a una edad inferior a aquella en que lo hacían los hombres²⁸.

relacionadas con la protección de la seguridad nacional al alcanzar la edad de 60 años, siempre que tal normativa sea necesaria para la seguridad pública.

25. STJUE 13 de septiembre 2011 (C-447/09), *Prigge*. En concreto, el TJUE entiende (a diferencia del caso *Cafaro* – ver nota *supra*) que el art. 5.2 Directiva 2000/78/CE se opone a que una cláusula de un convenio colectivo que fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad, pese a que las normativas nacional e internacional fijan (con determinadas condiciones) esta edad en 65 años. A su vez, un límite de edad (68 años) fijado para determinados dentistas (excluyendo a los no concertados) también ha sido calificado como discriminatorio, si único propósito es proteger la salud de los pacientes (STJUE 12 de enero 2010, C-341/08, *Petersen*). Y para el colectivo de trabajadores públicos, sobre la base de las políticas del empleo, no es contrario a la Directiva que una normativa prevea que cumplen dentro de un período determinado los requisitos para percibir una pensión de jubilación íntegra quedan incluidos en un régimen de reserva laboral hasta la extinción de sus contratos de trabajo, lo que conlleva una reducción de su retribución, una pérdida de su posible promoción y una reducción, o incluso supresión, de la indemnización por despido a la que habrían tenido derecho en el momento de la extinción de sus relaciones laborales (STJUE 15 de abril 2021, C-511/19, *Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*).

26. El TC concluye que la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados.

27. SJS/33 Madrid 18 de noviembre 2020 (rec. 323/2020). En concreto, el presidente de Huawei afirma “Apartar trabajadores del empleo porque se parte del principio de que ‘lo viejo’ ya no vale y debe ser necesariamente sustituido por ‘lo nuevo’, constituye un prejuicio porque la racionalidad de tal aserto no se ha demostrado. Y además coloca al trabajador despedido por alcanzar una determinada edad en una situación gobernada por sensaciones como el sufrimiento, el dolor, la incertidumbre, la angustia y la ansiedad. Quien por esta causa ha sido despedido injustamente se cuestiona su estima y zozobra ante la pérdida de un empleo y la dificultad notoria de lograr otro precisamente por razón de su edad”. Y, en términos similares, para un trabajador de 58 años de la misma compañía, SJS/42 Madrid 23 de noviembre 2021 (núm. 495/2021)

28. STJUE 18 de noviembre 2010 (C356/09), *Kleist*.

Por otra parte, la controversia alrededor de discriminaciones indirectas por razón de la edad, en cambio, ha sido menos frecuente²⁹.

3. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y EL CONCEPTO DE EFICIENCIA DE *KALDOR-HICKS*: LA (SUGERENTE) PROPUESTA DEL TSJ DE ANDALUCÍA

El contenido del epígrafe anterior describe diversas medidas dirigidas a contener el uso del factor de la edad como un elemento que legitime un trato desfavorable y los límites para que sean calificadas como legítimas. No es frecuente, no obstante, que este mismo factor se emplee en términos positivos. Esto es, para excluir a determinados colectivos de la adopción de determinadas medidas desfavorables (aunque, paradójicamente, en contra del interés mostrado por los interesados). Precisamente, este es el enfoque de la STSJ Andalucía/Sevilla 3 de febrero de 2022 (rec. 4484/2021). Y, dada la particularidad del caso, permítanme que sintetice los aspectos más relevantes del caso y de la fundamentación.

En conflicto se suscita en el momento que la empresa adopta una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por causas económicas que afecta a determinadas partidas retributivas, reservándose la empresa su no aplicación a cinco trabajadores de la misma categoría profesional, con edades próximas a la jubilación. La particularidad del caso es que uno de estos trabajadores no está conforme con la decisión de la empresa porque entiende que está siendo discriminado por razón de la edad, al excluirlo de la modificación sustancial y cerrarle la posibilidad de acudir a la extinción indemnizada del art. 41.3 ET.

En opinión del TSJ de Andalucía, el criterio de la empresa es adecuado y proporcionado porque va dirigido a evitar la disminución retributiva y la de las bases de

29. En un supuesto en el que legislación nacional establece una retención sobre las pensiones abonadas directamente a sus beneficiarios por empresas controladas mayoritariamente por el Estado y suprime la revalorización de la cuantía de las pensiones, el TJUE rechaza la existencia de una discriminación indirecta porque no concurren las circunstancias objetivas que permitan hacer un análisis comparativo que visualice el trato diferenciado que perjudica indirectamente a las personas en función de la edad, véase STJUE 24 de septiembre 2020 (C-233/19), *YS*. En la STJUE 14 de febrero 2019 (C-154/18), *Horgan*, entiende que una medida que, a partir de una determinada fecha, prevé, al incorporar nuevo personal docente, la aplicación de una escala salarial y una clasificación en escalón inferiores a las aplicadas, en virtud de las reglas anteriores a dicha medida, a los profesores que se incorporaron antes de esa fecha, no constituye una discriminación indirecta por razón de la edad. En cambio, en la STJUE 21 de diciembre 2016 (C-539/15), *Bowman*, entiende una normativa nacional no se opone a un convenio colectivo de trabajo nacional con arreglo al cual un empleado cuyos períodos de escolaridad se computen a efectos de clasificación en el nivel salarial correspondiente queda sometido a un alargamiento del plazo de ascenso de nivel desde el primer nivel salarial al segundo, especialmente porque este alargamiento se aplica indistintamente a todos los empleados cuyos períodos de escolaridad se computen.

cotización. Además, se fundamenta en una justificación objetiva y no supone un sacrificio desproporcionado para el personal mayor, “ya que no se les priva de trabajo y se evita una cobertura limitada de desempleo a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes, evitando un gasto en prestaciones públicas”. Y ahondando en la idea del sacrificio añade que “la permanencia de los trabajadores más próximos a la edad de jubilación no le es más gravosa, pues lo contrario, ser seleccionados y poder cesar antes en su actividad laboral ex art. 41.3 ET supondría un incremento de costes, dada la crisis empresarial no discutida, y además, esta medida es la que menos perjuicio puede ocasionar a los propios trabajadores al mantener íntegros sus sueldos y las bases de cotización, más se evita el perjuicio que la situación de desempleo supondría para los trabajadores afectados”. Y, por todo ello, entiende que la edad próxima a la jubilación es un “un factor objetivo y no arbitrario de la no selección de los trabajadores afectados por la modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva del HP 5º —a sensu contrario la STC 22/1981”.

Y, llegados a este punto, añade una aproximación cercana al concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks* (que se expondrá a continuación), al afirmar que “Así, la no selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado pues se evitan los daños que la extinción de los contratos de trabajo ex art. 41.3 ET produciría en los afectados y en la empresa que podría ir abocada al despido colectivo por agravamiento de la crisis económica, y esto sí afectaría a toda la plantilla. No sostenemos esta regla en un argumento estrictamente eficientista en el sentido de establecer una regla en las que el beneficio de los ganadores sea suficiente para compensar, hipotéticamente, el perjuicio de los perdedores pues la regla de permanencia de los trabajadores de mayor edad debe prevalecer porque, a pesar de que perjudica a los de menos edad, el beneficio que se obtiene es suficiente para compensar sus costes personales sino que la fundamos en la dogmática de las categorías que son objeto de controversia (trabajadores de mayor/menor edad) y en el juicio que exige el marco constitucional al evitar el hecho de no lanzar a los trabajadores a la jubilación, lo que implica per se que la decisión es menos gravosa si tenemos en cuenta otros muchos costes/gravámenes: de los propios trabajadores afectados y de su familia; pero también de la sociedad en su conjunto, y no sólo de la Seguridad Social”.

Por todo ello, concluye que la medida empresarial supera el canon de constitucionalidad, porque “tiene en cuenta tanto los intereses de los directamente afectados, trabajadores y empresarios, como del resto de operadores afectados, por ejemplo, la Seguridad Social, y está facilitando que en la decisión definitiva se internalicen externalidades presentes en este conflicto, luego la decisión responde a un criterio de proporcionalidad/eficiencia o de afectación menor en términos de coste/gravamen, por resultar menos costosa que su alternativa”.

Llegados a este punto, creo que es conveniente ofrecer una breve aproximación a este concepto de eficiencia que emplea el TSJ de Andalucía (y que, sin nombrarlo, se ajusta al de *Kaldor-Hicks*)³⁰.

Con carácter propedéutico debe tenerse presente que Análisis Económico del Derecho (o *Law & Economics*) a partir del concepto de eficiencia, ofrece un método analítico que trata de determinar la efectividad de las normas, la forma cómo influye en los destinatarios, si es capaz de incidir en su comportamiento y, en última instancia, si se promueve el objetivo propuesto. En definitiva, promueve el análisis de los problemas jurídicos desde el punto de vista de las consecuencias, de los costes y de la eficiencia. No obstante, la noción de eficiencia (eje absolutamente medular de esta aproximación) no tiene un significado unívoco. Para los utilitaristas, el interés de la comunidad es la suma de los intereses de los distintos miembros que la componen. Sin embargo, este planteamiento sugiere importantes problemas, pues, no puede determinarse con claridad cómo puede medirse el interés de una persona. Aspecto que, si bien se ha tratado de solventar a través de la construcción de funciones de utilidad de cada individuo, se plantea un nuevo problema de carácter estrictamente “técnico”, pues, se supedita a la (imposible) comparación interpersonal de utilidades³¹.

El criterio de eficiencia *paretiana* trata de dar respuesta a este dilema, especialmente porque se fundamenta en un criterio que soslaya el recurso a las (inescrutables) comparaciones interpersonales de utilidad. En concreto, según Pareto, una decisión “es óptima si no existe una situación diferente que se prefiera unánimemente”³². Es decir, lo es en la medida que una mejora no produzca paralelamente el empeoramiento de otro. En definitiva, se trata de un criterio que “exige la unanimidad para la elección de procedimientos de decisión social”³³.

Para ilustrar, supongamos que tenemos 50 caramelos para distribuir entre 5 adolescentes. Podríamos asignar 10 a cada uno, pero también 14 a uno y 9 a cada uno de los 4 restantes. En ambos casos, estaríamos ante una distribución eficiente desde un punto de vista *paretiano*, pues, ningún adolescente podría mejorar su situación (tener más caramelos) sin que otro se viera perjudicado (pues, pasaría a tener menos)³⁴.

30. A continuación, se sintetiza una parte de lo expuesto en el trabajo Beltran de Heredia Ruiz (2013).

31. Schotter (1987, 23).

32. Calsamiglia Blancafort (1987, 273).

33. Calsamiglia Blancafort (1987, 275). Siguiendo con Hierro Sánchez-Pescador (1998, 134), un estado social “S2” es superior a otro estado “S1” cuando en “S2” todos los miembros de la comunidad están mejor (Pareto superior en sentido fuerte - todos están mejor). Cuando en “S2” hay al menos una persona que mejora su situación respecto de “S1” y nadie empeora, “S2” es superior en sentido débil.

34. Repárese que, aunque la primera distribución pudiera parecer más equitativa, ésta no es una cuestión relevante desde la perspectiva *paretiana*, pues, sólo tiene en cuenta la forma en la que son aprovechados los recursos y no la mayor o menor justicia distributiva. Un segundo ejemplo puede ayudar a comprender mejor este concepto: Al niño “A” le gustan los cromos y odia las canicas (cuantas más canicas tenga, peor estará) y a la niña “B” le gustan las canicas y odia los cromos (cuantos más cromos

No obstante, este planteamiento también suscita algunos problemas, pues, en tanto que la eficiencia se vincula a la unanimidad de opiniones, concede un derecho de veto a cualquiera de los intervinientes (basta con que cualquier cambio del *statu quo* provoque un perjuicio para impedirlo).

Esta “particularidad” bloquearía muchas medidas o decisiones sociales que pretendieran fundamentarse en la eficiencia³⁵. Por otra parte, no puede aplicarse a todas las situaciones sociales posibles, dado que partiendo de la base de permite clasificar de mejor a peor las decisiones aceptadas de forma unánime, el resto (esto es, aquéllas en las que unos mejoran y otros empeoran) quedan en una situación ambigua, pues, no pueden ser comparadas³⁶. Por tanto, permite medir situaciones óptimas, pero no compararlas entre sí³⁷. Y, además, obvia la cuestión relativa a la redistribución de la riqueza³⁸.

El criterio de *Kaldor-Hicks* trata de superar estas carencias (aunque, de forma limitada). En concreto, este criterio de eficiencia consiste en que “para considerar que S2 es superior a S1 no hace falta que al menos uno mejor y nadie empeore sino que basta con que los que mejores en el cambio tengan, como consecuencia de su mejora, capacidad para compensar a los que empeoren”³⁹ En definitiva, “lo que el criterio traduce, como resultado eficiente, es que la utilidad de los ganadores es superior a la pérdida de utilidad de los perdedores (puesto que podrían compensarles) y, en consecuencia, se produce un aumento de la utilidad global. Lo que el criterio, consecuentemente implica es que la utilidad de unos y otros es comparable, precisamente lo que el criterio de Pareto trataba de evitar”⁴⁰.

Para ilustrar, si el adolescente A tiene 10 caramelos y el adolescente B 100, un cambio en la asignación que supusiera que el adolescente A pasa a tener 20 caramelos y adolescente B 99 caramelos, sería eficiente según el criterio de *Kaldor-Hicks*, (aunque no sería una mejora en el sentido de Pareto), pues, el adolescente A, podría potencialmente dar entre 1 y 10 caramelos al adolescente B para aceptar esta situación alternativa.

Lo “interesante” es que este criterio no requiere que la compensación realmente sea efectiva, sino meramente que exista la posibilidad de que ello ocurra. Por

tenga, peor estará). La única distribución eficiente desde un punto de vista *paretiano* será aquella en la que el niño “A” tenga todos los cromos y la niña “B” todas las canicas. Cualquier asignación de cromos y canicas que no se corresponda con la descrita no será Pareto eficiente, pues, siempre será susceptible de ser mejorada, sin que la situación de los afectados empeore (asignando más cromos al niño “A”, se mejora su situación y la de la niña “B”; y asignando más canicas a la niña “B”, se mejora su situación y la del niño “A”).

35. Calsamiglia Blancafort (1987, 275).

36. Schotter (1987, 23 y 24).

37. Hierro Sánchez-Pescador (1998, 134).

38. Calsamiglia Blancafort (1987, 275).

39. Hierro Sánchez-Pescador (1998, 134).

40. Hierro Sánchez-Pescador (2002, 23),

consiguiente, a diferencia del criterio de Pareto, una mejora de *Kaldor-Hicks* puede implicar una pérdida de bienestar para algún individuo⁴¹.

Sin embargo, como expone Schotter (1987, 25), este criterio tiene un (serio) inconveniente, pues, su operatividad depende del problema que, precisamente, justificaba la necesidad de acudir al criterio de Pareto: esto es, el problema de la comparación interpersonal de utilidades. Esto es así porque obliga a comparar el incremento de utilidad de los que ganan con la merma de utilidad de los que pierden (y, por esto, nos devuelve a la casilla de salida). Y, además, no exige que efectivamente se pague las compensaciones exigidas por el principio, por lo que los perdedores siguen siendo perdedores; sólo se exige que los ganadores estén en disposición de pagar.

En cualquier caso, al margen de esta cuestión (que no es en absoluto baladí, pues, cuestiona el valor de la eficiencia como un criterio objetivo que pueda guiar con una mínima capacidad predictiva y fiable el comportamiento humano o la toma de decisiones incontrovertidas) y de las alternativas (insuficientes) propuestas para tratar de superar estas importantes limitaciones⁴², lo interesante del caso es, como se ha expuesto, el uso de este concepto de eficiencia de *Kaldor-Hicks* propuesto por el TSJ de Andalucía (sobre el que añadiré algunas comentarios finales en el epígrafe final que sigue).

4. UNA VALORACIÓN FINAL

Es obvio que la eficiencia no puede erigirse en el único criterio que resuelva un conflicto planteado por una medida restrictiva de derechos fundamentales. Tras el aura de cientificidad que acompaña al método analítico la economía, se esconde una construcción articulada a partir de juicios de valor (y, por consiguiente, alejada de una pretendida objetividad); un concepto de racionalidad tautológico y la cuestión económica reducida a un cálculo maximizador difícilmente evaluable. No obstante, que la eficiencia no sea el único criterio a tener en cuenta (y, por tanto, descartando un enfoque que se aproxime a lo que se conoce como “imperialismo económico”), no significa que no deba ser un componente necesario y exigible de las normas jurídicas. O, como exponen Calabresi/Melamed (1996, 391) en una célebre frase (inspirada en el cuadro de Monet de la catedral de Rouen), debe ser “una” de las visiones de la catedral (partiendo de la base que para entender la obra completa deben verse todas ellas). Y es posible que esto *deba* ser así porque el despilfarro también es una expresión de la injusticia⁴³.

41. De ahí que una mejora de *Kaldor-Hicks* no tiene por qué implicar una mejora de Pareto (pero una mejora de Pareto sí es *Kaldor-Hicks* eficiente)

42. Como, por ejemplo, el (inconsistente) concepto de “maximización de la riqueza” de Posner – criticado, entre otros, por Dworkin y Calabresi (ver al respecto, Beltran de Heredia Ruiz, 2013)

43. Calabresi (1985, 227) afirma que “la eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema, que admitiera, abiertamente, el despilfarro,

Por consiguiente, sería un error despreciar este método analítico, pues, a pesar de sus defectos y limitaciones, permite enfocar los conflictos desde otro punto de vista, complementando a los existentes. Por este motivo, quizás, los diversos conflictos que plantea la discriminación negativa anteriormente descritos podrían ser reexaminados desde este prisma. Especialmente porque da acceso a más información (y admite la posibilidad de descartarla si no se estima suficientemente útil).

En el fondo, este enfoque no está tan alejado del que inspira el juicio de proporcionalidad propio de la dogmática jurídica. Como saben, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Y para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera este juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente (y aquí radica la proximidad con el enfoque descrito), si la misma es ponderada o equilibrada, *por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto* (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Así pues, como se acaba de exponer, la dogmática jurídica ya estaría operando a partir de unos parámetros que no estarían demasiado alejados de la matriz sugerida por el TSJ de Andalucía al recurrir a la idea de eficiencia de *Kaldor-Hicks*. Por consiguiente, la clave (y, probablemente, el reto) radica en ser conscientes de esta base conceptual “próxima” y emplearla aprovechando todo su potencial, pero, a su vez y muy especialmente, siendo conscientes de sus limitaciones (aspecto que, probablemente, ha sido obviado por completo por los juristas).

5. BIBLIOGRAFÍA

- Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2013), “Reformas laborales y aproximación crítica al análisis económico del derecho: la teoría de los ‘property rights’ y el carácter redundante del derecho”, *Revista de derecho social*, núm. 62.
- Calsamiglia Blancafort, Albert (1987), “Eficiencia y derecho”, *DOXA*, 4.
- Calabresi, Guido (1984), “Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, II.
- Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas (1996), “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y reglas de inalienabilidad: una vista de la catedral”, *Estudios Públicos*, 63.

fuese justo. Todos estaríamos de acuerdo en que un sistema de este género sería, en cierto modo, inútil”.

- Hierro Sánchez-Pescador, Liborio L. (2002), “Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)”, en *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Hierro Sánchez-Pescador, Liborio L. (1998), “Justicia, Igualdad y Eficiencia”, *Isonomía*, 9.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo (2019), “La discriminación por razón de edad”, en Casas Baaamonde y Gil Alburquerque (Dirs.), *Derecho Social de la Unión Europea*, Francis Lefebvre.
- Schotter, Andrew (1987), *La economía de libre mercado. Una valoración crítica*, Ariel, Madrid.