

LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE EDAD AVANZADA EN ESTADOS UNIDOS

Judit Baseiria Martí

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Girona

EXTRACTO

Palabras clave: Estados Unidos, edad avanzada, leyes antidiscriminación

El presente artículo analiza el alcance de la legislación antidiscriminatoria por razón de edad de los Estados Unidos partiendo de la base que es éste el país pionero en aprobar una norma específica en contra de la discriminación motivada por la edad avanzada en el trabajo. En efecto, los Estados Unidos, por su historia y tradición liberal que impregna las relaciones laborales es un país líder en el desarrollo de iniciativas legislativas para proteger a los trabajadores frente a la desigualdad injustificada en el ámbito laboral.

La ley contra la discriminación por razón de edad en el trabajo que existe en el ordenamiento jurídico estadounidense denominada *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) de 1967 es el principal instrumento de que disponen los trabajadores de edad de este país para hacer frente a los obstáculos con los que colisionan a la hora de acceder y mantenerse en el mercado de trabajo.

La discriminación por razón de edad es un tema candente en una sociedad cada vez más envejecida como la nuestra en donde la presencia creciente de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo ha hecho añorar en el ámbito de la Unión Europea la adopción de instrumentos jurídicos relativos a la prohibición de discriminación por razón de edad en el trabajo y el empleo.

ABSTRACT

Key words: United States, elderly, anti-discrimination laws

This article analyzes the scope of anti-discrimination legislation on grounds of age in the United States on the basis that this is the pioneer in adopting a specific rule against discrimination for the elderly in the country work. Indeed, the United States, its history and tradition that permeates liberal labour relations is a leader in the development of legislative initiatives to protect workers against unjustified inequalities in the workplace country.

The law against age discrimination in the work that exists in U.S. law called the *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) of 1967 is the main tool available to older workers in this country to deal with obstacles colliding with gaining access to and stay in the labour market.

The age discrimination is a hot topic in an increasingly aging society like ours where the growing presence of older workers in the labour market has brought to the surface in the area of the European Union to adopt legal instruments concerning the prohibition of age discrimination in the labour and employment.

ÍNDICE

1. Introducción al derecho laboral estadounidense: la aprobación de leyes antidiscriminatorias para contrarrestar la doctrina del *employment-at-will*
2. El trasfondo de la aprobación de la *age discrimination in employment act* (ADEA) en 1967
3. El ámbito subjetivo de la ADEA
 - 3.1. La *equal protection clause* de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos aplicable a los empleados públicos
 - 3.2. Los sujetos protegidos por el ADEA limitados a trabajadores mayores de 40 años en empresas del sector privado que ocupen más de veinte trabajadores, agencias de colocación o organizaciones laborales
4. Prácticas discriminatorias prohibidas, elección y control de la ADEA
 - 4.1. Ofertas de trabajo e indagaciones precontractuales
 - 4.2. Programas de aprendizaje y formación profesional
 - 4.3. Privilegios y prestaciones dispensados por los empresarios
 - 4.4. Excepciones para justificar la prohibición de discriminar por razón de edad
 - 4.5. La renuncia de los derechos que otorga la ADEA por parte del trabajador
 - 4.6. La Comisión de oportunidades para la igualdad en el empleo: EEOC
 - 4.7. Los medios reparadores que se prevén para la vulneración del ADEA
5. Los dos Modelos de reclamaciones para probar la ADEA: *disparate treatment* y el *adverse impact*
 - 5.1. El trato desigual (*disparate treatment*)
 - 5.2. El impacto desfavorable (*adverse impact*)
6. La dificultad de evaluar la eficacia práctica de la ADEA sobre el nivel de empleo de los trabajadores de edad
7. A modo de conclusión: el contraste entre la normativa antidiscriminatoria por razón de edad de los Estados Unidos y el Modelo social europeo de Protección de los trabajadores de edad

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO LABORAL ESTADOUNIDENSE: LA APROBACIÓN DE LEYES ANTIDISCRIMINATORIAS PARA CONTRARESTAR LA DOCTRINA DEL *EMPLOYMENT-AT-WILL*

La tradición política estadounidense caracterizada por defender el estado mínimo, es decir, la desregulación, el individualismo y en reducir al mínimo el papel del gobierno, se ha reflejado en las relaciones laborales. En efecto, la no intervención en las relaciones de trabajo se concreta en la regla de *employment at-will* que desde el siglo XIX impregna las relaciones de trabajo del país. Según esta doctrina proveniente de la tradición legal anglosajona del *common law*¹, el empresario puede despedir a los trabajadores libremente, es decir, sin

¹ La doctrina *del employment-at-will* fue oficialmente reconocida por los tribunales estadounidenses en el siglo XIX. Ballam, D.A., "Exploding the original myth regarding employment-at-will: The true origins of the doctrine", *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 17, issue 1, 1996, p. 91.

deber justificar el despido en ninguna causa legal. El trabajador, por su parte, también puede cesar el trabajo cuando desee. Así, la relación de trabajo se considera una cuestión privada, esto es, un contrato privado entre el empleador y el trabajador.

No fue hasta principios del siglo XX que hubo los primeros indicios legislativos reguladores de la relación laboral y de protección del trabajador. Hasta entonces no había legislación laboral, ninguna ley ni federal ni estatal contra el despido sin causa. El único derecho del trabajo que existía era el derivado de las decisiones judiciales de los tribunales ya que, por herencia del *common law*, en el sistema legal estadounidense la jurisprudencia (*case law*) es fuente del derecho². Y, en general, la jurisprudencia era favorable a los intereses de la parte empresarial porque consideraba que la legislación laboral reguladora de las condiciones de trabajo atentaba contra la libertad de contratar de los empresarios. Por lo que los trabajadores no disponían de capacidad de elección y tenían que aceptar las condiciones de trabajo que impusiera el empresario, fuera cual fuera su dureza.

Los años de depresión económica seguidos del crack bursátil de 1929, que supuso el paro masivo y las quiebras de los bancos, sacudió la conciencia ciega con el libre mercado y propició que acrecentara la influencia de la teoría keynesiana en defensa de una mayor intervención legislativa del gobierno federal. Se reconoció que los mercados desregulados no protegían adecuadamente el bienestar de los trabajadores de país. Estos hechos condujeron a la aprobación de la ley federal *National Relations Act*³ de 1935 (NRLA, también llamada *Wagner Act*) que legitimó la sindicalización para proteger los intereses del trabajador a través de la negociación colectiva y así ofrecer una alternativa a las tácticas a menudo coercitivas de los empresarios. En la misma línea de proteger a los trabajadores en 1938 se aprobó la llamada *Fair Labor Standards Act*⁴ (FLSA) que establece un mínimo salarial que el empresario debe garantizar y prohíbe el trabajo infantil.

En todo caso, es importante destacar que sólo en el marco de la negociación colectiva se pueden plantear causas para poder despedir a los trabajadores afiliados a los sindicatos negociadores. Para el resto de trabajadores no afiliados y por tanto, no sometidos al convenio colectivo resultante de la negociación, rige la regla del *employment-at-will*⁵. Así, los trabajadores han formado sindicatos (*Unions*) con el objetivo de negociar colectivamente con los empresarios

² Von Mehren, A.T., Murray, P.L., *Law in the United States*, 2nd edition, Cambridge University Press, New York, 2007. p. 8.

³ 29 USC §§ 151 et seq.

⁴ 29 USC § 201

⁵ OIT, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Conference, 82nd session, Geneva, 1995. p. 10

y requerir ciertas garantías en el trabajo, como por ejemplo, que hubiera una causa para despedir. Sin embargo, lo cierto es que los sindicatos en Estados Unidos no han disfrutado nunca de la fuerza que han mantenido en otros países industrializados⁶. De hecho, en la actualidad únicamente un 7,5 % de los asalariados en el sector privado forman parte de un sindicato⁷. Por lo tanto, todavía la gran mayoría de trabajadores están sujetos a la regla del *employment-at-will*.

Debido a esta doctrina por la que la relación laboral carece de cualquier interferencia legal, los empresarios no sólo pueden despedir libremente, sino que también pueden decidir no contratar a las minorías étnicas, asignar determinadas tareas a las mujeres, pagar salarios diferentes para unos trabajadores y otros por el mismo trabajo, produciendo así una segregación y desigualdad de la fuerza de trabajo.

En este sentido, en el marco del movimiento en defensa de los derechos civiles y en contra de la segregación en los años sesenta, se promulgaron las primeras leyes antidiscriminatorias que pretendían enderezar una historia de exclusión tanto individual como colectiva en el lugar de trabajo por motivos de raza, sexo, nacionalidad y religión. De ahí deriva en primer lugar la aprobación de *Equal Pay Act*⁸ de 1963 que exige al empresario retribuir igualmente a los hombres y las mujeres por trabajo igual o similar. Un año más tarde se aprobó el importante Título VII de la *Civil Rights Act*⁹ de 1964 que prohíbe la discriminación por razón de raza, religión, sexo u origen nacional. Años más tarde, el Congreso amplió la protección en contra de la discriminación por otros motivos, como son la edad y discapacidad. La prohibición de la discriminación por razón de edad que se reguló se ciñe estrictamente en el ámbito del trabajo y se materializó con la *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA), ley aprobada en 1967, que tiene como finalidad proteger en contra de la discriminación en el trabajo a los trabajadores a partir de los 40 años. Y, por último, se adoptó una ley para proteger contra la discriminación en razón de la discapacidad por medio de la *Americans with Disabilities Act*¹⁰ de 1990¹¹.

A partir de estas leyes antidiscriminatorias comenzó a cambiar la manera de ver la relación laboral en el país. Los tribunales y las leyes empezaron a

⁶ Bonfeld, L., *American Law and the American Legal System in a nutshell*, Thomson West, United States, 2006, p. 223.

⁷ Bureau of Labour Statistics, U.S Department of Labor, <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>

⁸ 29 USC § 206 (d)

⁹ 42 USC § 2000e, et seq.

¹⁰ 42 USC §§ 12101 et seq.

¹¹ También, en los últimos años se han adoptado leyes estatales que persiguen prevenir la discriminación en el trabajo basada en la orientación sexual o el estado civil del trabajador. Lieberwitz, R.L., "Employment discrimination law in the United States: on the road to equality?", dins Blanpain, R. (editor), *New developments in Employment Discrimination Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations, núm. 68, Kluwer Law International, United Kingdom, 2008, p. 3.

reconocer que los empresarios tenían ciertas ventajas a la hora de negociar con trabajadores presentes o futuros y que, en efecto, el trabajo es el elemento central para el bienestar de la persona de forma que resulta necesario proteger de alguna manera a los trabajadores despedidos injustamente¹².

En definitiva, para contrarrestar el amplio poder empresarial que otorga el *employment-at-will* y coincidiendo con los movimientos sociales por los derechos civiles de los años sesenta - centrados especialmente contra la segregación racial¹³ -, se aprobaron un conjunto de leyes antidiscriminatorias por diversos motivos -raza, sexo, nacionalidad, edad, discapacidad- que se extienden a las relaciones laborales. Todas estas leyes merman el poder ilimitado del empresario en las relaciones laborales.

De hecho, para los trabajadores de edad avanzada, en defecto de otra normativa que proteja bastamente la relación laboral y otorgue derechos a la parte trabajadora, así como también a falta de políticas públicas de empleo a favor de este colectivo¹⁴, la *Age Discrimination in Employment Act*¹⁵ (ADEA en adelante) de 1967 se ha convertido en el baluarte principal de qué disponen los

¹² En base a este razonamiento los tribunales en los años cincuenta crearon varias excepciones a la doctrina de la *employment-at-will*, que son básicamente tres: la excepción del orden público (*public policy exception*) que cubre la situación de un trabajador que es despedido injustamente y la forma del despido es contraria al orden público; la excepción del contrato implícito (*implied contract exception*) cuando en un contrato, aunque no esté escrito, se ha creado implícitamente entre empresario y trabajador la presunción de que la relación laboral no se extinguirá si no es por una justa causa a través de manifestaciones orales o escritas continuadas durante el curso de la relación laboral que generan un derecho a la seguridad en el trabajo y; la excepción del convenio de buena fe (*covenant-of-good-faith exception*) por la cual algunos Estados han establecido legalmente que los despidos no pueden hacerse sin ninguna causa ni ser malintencionados. Muhl, C.J., The employment -at-will doctrine: three major exceptions, *Monthly Labor Review*, January, 2001 pág. 5-8; Glyn, T.P., Arnow-Richman, R.S., Sullivan, C.A., *Employment Law. Private ordering and its limitations*, Aspen Publishers, New York, 2007. pág. 65 et seq

¹³ Vid. Schroeder, O. (editor), *De facto segregation and civil rights; struggle for legal and social equality*, W.S. Hein, Buffalo, N.Y, 1965; Friedman, L., *Civil rights reader: basic documents of the civil rights movement*, Walker, New York, 1968; UNITED STATES COMMISSION ON CIVIL RIGHTS, *Health insurance coverage and employment opportunities for minorities and women*, The Comision, Washington, D.C., 1982; Levy, P.B (editor), *Documentary history of the modern civil rights movement*, Greenwood Press, New York 1992; ; Money, M.K., *Black workers remember : an oral history of segregation, unionism, and the freedom struggle*, University of California Press, Berkeley, 2001; Glenn, E.N., *Unequal freedom : how race and gender shaped American citizenship*, Harvard University Press, Cambridge; 2002 .

¹⁴ En comparación con los países de la OECD, los Estados Unidos se sitúan en el penúltimo lugar de entre los miembros de la organización en relación a la inversión pública inyectada en programas de empleo, dada la prevalencia del sector privado en el país y la ya mencionada doctrina de la no intromisión de los poderes públicos en la esfera del mercado del trabajo que continúa regida primordialmente por la voluntad de las partes OECD, *Aging and employment policies. United States*, OECD publishing, 2005, p. 11.

¹⁵ *Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), as amended, Pub. L. 90-202, volume 29 of the United States Code, beginning at section 621.*

trabajadores de edad estadounidenses para disponer de derechos laborales y ser protegidos en la relación de trabajo ante la amplia libertad empresarial.

2. EL TRASFONDO DE LA APROBACIÓN DE LA AGE DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT ACT (ADEA) EN 1967

La ADEA no fue fruto de la presión de una verdadera y única campaña o lobbie en defensa de las personas de edad, sino que fue en medio del contexto del movimiento social por los derechos civiles que se impulsó un bloque de medidas federales reguladoras de derechos de varios grupos desventajados en la sociedad americana. Y, en este sentido, la edad avanzada, junto con la raza, la religión y el sexo y el origen nacional, se consideraba constituyente de una desventaja en el mercado de trabajo.

Como se ha mencionado con anterioridad, la primera norma adoptada fue el *Title VII of the Civil Rights Act* de 1964 que prohíbe la discriminación en el trabajo por motivo de raza, color de la piel, religión, sexo o nacionalidad de origen. Aunque se planteó incluir la edad como motivo de discriminación a prohibir en el Título VII, finalmente el intento no tuvo éxito porque se consideró que la edad difiere sustancialmente de la raza o el sexo y por lo tanto no se podía englobar dentro de la misma norma. La edad, a diferencia de raza o el sexo, no es una característica inmutable, es decir, no aparece en ocasión del nacimiento, sino que es a la vez temporal y universal para bien que todo individuo, con el tiempo, cambia de grupo de edad, de forma que se convertirá en un sujeto protegido por razón de su edad en algún periodo. No obstante, se previó en la ley la remisión de un estudio especial encargado al Secretario de Trabajo en el que se determinara si la discriminación por razón de edad debía incluirse en la *Civil Rights Act*, así como para que se establecieran recomendaciones para prevenir este tipo de discriminación.

El Informe resultante de tal remisión fue el llamado *The Older American Worker, Age Discrimination in Employment* elaborado por el entonces Secretario de Trabajo Willard Wirtz y presentado en junio de 1965. El documento reconoció que hay diferencias relevantes entre la discriminación por razón de edad y otros tipos de discriminación, ya que, a diferencia de la raza o el género, la edad puede afectar a la capacidad para desarrollar el trabajo. Es por ello que el estudio concluyó que la discriminación por razón de edad debería considerarse separadamente y no añadirla a la *Civil Rights Act*. En cualquier caso, el Informe alertaba que aproximadamente el 50% de las ofertas de trabajo estaban cerradas por los solicitantes mayores de 55 años y el 25% estaban limitadas para los mayores de 45 años. También constataba que una tercera parte del gasto destinado anualmente al seguro por desempleo iba a parar a tra-

bajadores mayores de 45 años. Asimismo, el Informe estableció que la forma de discriminación por razón de edad se refiere a un rechazo a los trabajadores de edad a causa de estereotipos de los efectos de la edad sobre la habilidad para desarrollar un trabajo de tal forma que los trabajadores de más edad son considerados menos productivos que los trabajadores jóvenes y una carga para la economía. No obstante, se evidenció que los americanos ahora viven más años y envejecen con mejor salud que antes, así que, discriminándolos, se les cerraba el paso a trabajos que podrían desarrollar eficientemente. Sobre la base de estas consideraciones, el Informe recomendó la adopción de una norma para eliminar la arbitraria discriminación por razón de edad en el trabajo. Una vez sometido el Informe al Congreso, finalmente se promulgó el año 1967 la *Age Discrimination in Employment Act*, conocida coloquialmente como ADEA. En su discurso de aprobación de la ADEA, el Presidente del momento, Lyndon B. Johnson, afirmó que la discriminación basada en la edad es un tipo de discriminación que ha pasado desapercibida durante mucho tiempo y declaró que efectivamente, la finalidad de la ley es eliminar los prejuicios y la información sesgada que pesan sobre los trabajadores de edad y que influyen negativamente en su situación laboral.

En efecto, a modo de exposición de motivos de la ley, el Congreso declara que los trabajadores de edad se encuentran en situación de desventaja a la hora de mantenerse en su puesto de trabajo y, especialmente, en el momento de encontrar un trabajo. Y se reconoce que se ha convertido una práctica común el establecimiento de límites de edad arbitrarios independientemente de la capacidad del trabajador para desarrollar la actividad y la existencia de industrias que crece el gran número de trabajadores de edad parados de larga duración, lo que se traduce en un deterioro de la su estado de ánimo, habilidad y posibilidades de ser contratados por los empresarios. Ante esta realidad desfavorable, la ley tiene dos objetivos: la prohibición de la discriminación por razón de edad y el fomento del empleo de los trabajadores de edad para que éstos sean valorados, no por su edad, sino por su capacidad de trabajo (Sec. 621, apartado a).

Debido a que la ADEA se modeló casi en los mismos términos que el *Title VII of the Civil Rights Act*, - ambas normas son similares y cubren todos los aspectos de la relación laboral-, en el análisis de la ADEA hay tomar constantemente en referencia el Título VII. De hecho, buena parte de las teorías de la discriminación y la prueba que interpretan el Título VII han sido aplicadas posteriormente al ADEA por la jurisprudencia, esto es, las sentencias de la *Supreme Court* (Tribunal Supremo) en la medida que es el órgano jurisdiccional garante de la uniformidad en la interpretación y aplicación de las leyes federales, como lo es la ADEA.

3. EL ÁMBITO SUJETIVO DE LA ADEA

De entrada conviene hacer mención al hecho de que hay una diferencia considerable en la protección jurídica en contra de la discriminación por razón de edad entre los trabajadores del sector público y los trabajadores del sector privado. Y es que los trabajadores de la administración pública los protege la propia Constitución de los Estados Unidos ante prácticas discriminatorias por motivo de la edad. En cambio, los trabajadores de empresas privadas no pueden alegar la Constitución para defender el derecho a no ser discriminado por razón de la edad sino que deben recurrir a la protección dispensada por la ADEA. De ahí radica la importancia de la ADEA como instrumento fundamental de protección de los trabajadores de edad.

3.1 La equal protection clause de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos aplicable a los empleados públicos

En efecto, para los trabajadores de la administración pública la fuente del derecho a no ser discriminado en el trabajo por razón de edad se encuentra en la propia Constitución de los Estados Unidos que impone a la administración pública un deber de no escoger sus empleados en función de ciertas características, como son la raza, el sexo, la nacionalidad de origen, la edad o la discapacidad¹⁶. La base legal de esta limitación se encuentra en diversos preceptos de la Constitución federal estadounidense, así como en las Constituciones de los Estados que también contemplan dicha protección en contra de la discriminación.

El precepto más relevante a tener en cuenta a estos efectos es la *14th Amendment, Section 1* de la Constitución de los Estados Unidos, artículo que se conoce con el nombre de *equal protection clause*, según el cual ningún Estado puede privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso de ley, ni negarles dentro de su jurisdicción la protección igual de las leyes. Como se observa, esta cláusula no prohíbe expresamente la discriminación por razón de raza, sexo, nacionalidad o edad, sino que ha sido a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha interpretado la Equal protection clause de la enmienda 14^a en el sentido que prohíbe este tipo de discriminación por parte de los gobiernos nacional y estatales. Y, en el contexto del trabajo, esta cláusula del derecho a la igualdad de protección se traduce en la limitación de los gobiernos federal y estatal a discriminar a sus trabajadores o sus solicitantes en función de la pertenencia a determinados grupos, como la

¹⁶ Haggard, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pp. 14, 21

raza, el sexo o la edad. La protección al debido proceso se refiere a que los trabajadores reciban un proceso justo vez cuando finalizan su relación laboral¹⁷.

En todo caso, conviene mencionar que la Constitución de los Estados Unidos no obliga directamente al sector privado. La *equal protection clause* de la enmienda 14^a de la Constitución se dirige a los Estados y al Gobierno federal en tanto que la Constitución regula las relaciones entre los individuales y el gobierno y no entre los ciudadanos entre ellos, excepto algunos pocos supuestos como la enmienda 13^a que prohíbe la esclavitud tanto en el ámbito público como privado. En consecuencia, los derechos reconocidos en la Constitución sólo se pueden alegar ante acciones del gobierno, es decir, de la administración pública, pero no pueden reclamarse de sujetos privados.

Ahora bien, dicha limitación de discriminación por razón de edad está sujeta a un mínimo nivel de escrutinio por parte de los tribunales. Ciertamente, la jurisprudencia de los tribunales ha desarrollado tres niveles de apreciación (*levels of scrutiny*) para valorar la constitucionalidad de una decisión de la administración al amparo de la cláusula de protección. En primer lugar, el escrutinio estricto (*strict scrutiny*) se aplica a las distinciones que puedan hacer las leyes basadas en la raza o el origen nacional teniendo en cuenta la historia de racismo que ha caracterizado a los Estados Unidos. En la medida que la raza es considerada una característica inmutable irrelevante en cualquier propósito gubernamental, se aplica un escrutinio estricto por el cual la distinción sólo puede ser justificada si está estrechamente relacionada al interés público¹⁸. El segundo nivel es el escrutinio medio (*intermediate scrutiny*), que, como su nombre indica, no es tan exigente como el escrutinio estricto. Se aplica en las distinciones hechas por las leyes en base al sexo. En estos casos, la ley será inconstitucional a no ser que la distinción sea sustancialmente relacionada a objetivos gubernamentales signficativos. Por último, el nivel menos exigente de valoración, y por tanto, más difícil de declararse inconstitucional se reserva a aquellas diferencias en la ley relacionadas con otros elementos que no sean derechos fundamentales, la raza, el origen nacional o el sexo. Y este es el nivel en el que se han de introducir los casos relacionados con distinciones basadas en la edad. Denominado *rational-basic test*, según este nivel de valoración la distinción es constitucional y puede ser justificable siempre y cuando se base en un motivo razonable. Así que meramente requiere una relación racional a un interés público legítimo para ser considerada una discriminación constitucional¹⁹.

¹⁷ *Employment discrimination: an overview*, Legal Information Institute, Cornell University, <http://topics.law.cornell.edu/wex/Labor>

¹⁸ *Adarand Constructors v. Peña*, de 1995 (515 U.S. 200, 1995); *City of Cleburne v. Cleburne living Center*, 457 U.S. 432 (1985)

¹⁹ Currie, D.P., *The Constitution of the United States*, second edition, the University of Chicago press, Chicago, 1997, pàg. 65, 66; Haggard, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, pp. 3, 14

La diferencia por motivo de la edad que ha causado más jurisprudencia ha sido el establecimiento de edades de jubilación forzosa en las administraciones públicas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha concluido en numerosas ocasiones que las leyes sobre jubilación forzosa no infringen la cláusula constitucional a la igualdad de protección de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos porque se ha aplicado el nivel más bajo de escrutinio. Tal y como estableció el Tribunal Supremo en el caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*²⁰ de 1976, las personas mayores no han experimentado una historia de desigualdad de trato ni han sido tratadas de formas desigual solamente por estereotipos negativos sino también por sus capacidades reales en el trabajo. Sobre la base de esta argumentación la sentencia acabó confirmando la constitucionalidad de la jubilación forzosa de los policías a los 50 años del Estado correspondiente. Por tanto, las distinciones basadas en la edad que pueda haber en leyes federales o estatales raramente son consideradas inconstitucionales a resultados del mínimo grado de escrutinio que se aplica en los supuestos relacionados con la discriminación por razón de edad.

Los trabajadores de la administración pública que consideran que han sido discriminados por razón de su edad deben alegar las normas de los Estados que prohíban la discriminación por razón de edad o la enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos, pero no pueden invocar la ADEA contra la administración pública. Lo estableció la sentencia *Kimel v. Florida Board of Regents*²¹ en la que el Tribunal Supremo sostiene que un individuo no puede demandar a la administración pública estatal, cuando ésta es quien lo ha contratado, alegando la protección del ADEA ya que la enmienda 11^a de la Constitución de los Estados Unidos prohíbe a los ciudadanos demandar a los Estados en razón a su inmunidad soberana. En conclusión, los trabajadores públicos no pueden invocar la ADEA. De la misma manera, los trabajadores en el sector privado no están protegidos por la *equal protection clause* de la enmienda 14^a de la Constitución de los Estados Unidos pero disponen de la ley federal ADEA que les prohíbe la discriminación por motivo de la edad.

3.2 Los sujetos protegidos por el ADEA limitados a trabajadores mayores de 40 años en empresas del sector privado que ocupen más de veinte trabajadores, agencias de colocación o organizaciones laborales

Los sujetos protegidos por el ADEA son las personas a partir de los 40 años, ya sean personas activas, antiguos trabajadores de una empresa, trabaja-

²⁰ 426 U.S. 307, 1976.

²¹ 528 U.S. 62 (2000)

dores jubilados o solicitantes de trabajo (Sec. 631.a ADEA) ²².

En la redacción original del ADEA la ley protegía de la discriminación por razón de edad a las personas a partir de 40 años y hasta los 65 años. Este tope máximo se amplió hasta 70 años aunque en 1986²³ se eliminó definitivamente. No obstante, hay excepciones para algunos colectivos, como el cuerpo de policía y los bomberos para los cuáles es legítimo fijar edades de jubilación forzosa a través de métodos no discriminatorios para evaluar a los trabajadores²⁴ y los profesores universitarios²⁵.

Un aspecto a matizar es que la ADEA no prohíbe toda discriminación basada en la edad a las personas a partir de 40 años, sino que sólo protege a las personas de 40 o más años que han sido discriminadas en comparación a trabajadores más jóvenes²⁶. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo en la sentencia *General Dynamics Land Sys. Inc. v. Cline*²⁷ en relación a una empresa que suprimió unos beneficios médicos para todos los trabajadores de la empresa excepto para aquellos mayores de 50 años, de forma que la empresa favorecía los mayores de 50 años por encima del resto, incluidos también los mayores de 40 años protegidos también por el ADEA. El Tribunal declaró que sólo la discriminación contra los trabajadores mayores es prohibida y no en general cuando la víctima se encuentra entre la clase protegida a partir de 40 años. Por tanto, un empresario no puede discriminar a un trabajador mayor a favor de un trabajador más joven, aunque este trabajador sea mayor de 40 años. Ahora bien, el empresario queda libre de discriminar a favor de los trabajadores mayores en comparación a los más jóvenes, independientemente de que los trabajadores se encuentren dentro del colectivo protegido por la ley²⁸.

Por otra parte, en cuanto a la edad mínima de protección, 40 años, debe considerarse que muchos Estados prohíben la discriminación por razón de edad independientemente de la edad, tanto en el sector público como privado. En este sentido debe tenerse en cuenta la supremacía que tienen las leyes fede-

²² Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 40. *Vid* sentències sobre la inclusió dins els subjectes protegits per l'ADEA: *Tranello v. Frey* (962 F.2d 244, 249, 58 FEP Cases 1334, 1338 (2d Cir. 1992) pels treballadors en actiu, *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 72 FEP Cases 1856 (1997) pels antics treballadors, *Milwaukee Prof'l Fire Fighters v. Milwaukee*, 369 F. Supp. 633, 649, 72 FEP Cases 121 (E.D. Wis. 1994)

²³ Pub. L. No 99-272

²⁴ Pub. L. No 104-208 Sect. 101 (9), 110 Stat. 2009-24 (1996)

²⁵ Pub. L.No 105-244 Sect. 941, 112 Stat. 1581, 1834-35 (1998), codificat at 29 U.S.C. Section 623 (m).

²⁶ Lacy, A., "You are not quite old as you think: making the case for reverse age discrimination under ADEA", *Berkeley Journal of employment and labor law*, Vol. 26, núm. 2, 2005, pp. 364, 402.

²⁷ 540 U.S. 581 (2004)

²⁸ Sullivan, C.A., Walter, L.M., *Employment Discrimination Law and Practice*, Aspen Publishers, United States of America, 2009, p. 540

rales, como lo es la ADEA, ante cualquier norma de los Estados, como señala el artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos. De forma que en áreas en las que se solapan las leyes federales y las estatales, la normas estatales no pueden ser contrarias a las leyes federales, pero si que pueden extender la protección que estas dispensan. Así, por ejemplo, si bien la ADEA, que es una ley federal, prohíbe la discriminación por razón de edad en el ámbito del trabajo a partir de 40 años, una ley estatal del Estado de Nueva York extiende la protección de la discriminación en base a la edad a partir de los 18 años y no sólo a los 40 años (art. 3-a, Sec.. 296, de la *New York State Executive Law, Human Rights Law*)²⁹.

Por trabajador del ADEA entiende que el término trabajador (*employee*) es cualquier individuo empleado por un empleador (Sec. 630.f ADEA). No obstante, la ADEA no se aplica a los trabajadores estatales ni a ciertas categorías de trabajadores federales como los miembros de las fuerzas armadas, ciertos trabajadores de la administración de justicia³⁰, los contratistas independientes³¹, los socios de una empresa, las tribus nativas americanas respecto a sus reservas ya que gozan de inmunidad³². En todo caso la relación entre la persona demandante y el demandado debe ser, en todo caso, laboral³³ en el sentido que debe ser una relación voluntaria y por la que el trabajador recibe una compensación monetaria³⁴.

En cuanto al empresario contra quien se puede alegar la ADEA se desprende de la Sec. 623 del ADEA que puede invocarse la protección de la ley contra un empresario (*employer*), pero también contra una organización laboral (*labor organization*) y una agencia de colocación (*employment agency*). Por empresario (*employer*), la ADEA, en la Section 11 (b) entiende son empresas que ocupan al menos a 20 trabajadores o más. El límite temporal para determinar si un empresario se encuentra dentro del tope mínimo de 20 trabajadores se tiene en cuenta el año en que se produjo la acción discriminatoria y el año precedente a éste, y no el año en que la acción se demandada. Hay que señalar que un el empresario susceptible de ser demandante puede ser tanto un empresario actual del trabajador discriminado como un empresario antiguo o futuro³⁵. En

²⁹ Vid. a modo de ejemplo *Caso Park v. Seoul Broad. Sys. C. S.D.N.Y., No 05 CV 8956 (BSJ) (DFE)*, de 3 de junio de 2008

³⁰ Sec. 633.a ADEA

³¹ *Moore v. Ford Motor Co.* 901 F. Supp. 1293 (N.D. Ill. 1995).

³² *Garcia v. Akwesasne Hous. Auth.*, 268 F3d 76, 86 FEP Cases 1668 (2d Cir. 2001)

³³ Rothstein, M.A., Craver, C.B., Schroeder, E.O., Shoben, E.W., *Employment Law*, Volume 1, 3rd edition, Thomson West, United States, 2004, pàg. 67

³⁴ *Blakenship v. City of Portsmouth*, 372 F. Supp. 2d 496, 95 FEP Cases 1893 (E.D. va. 2005)

³⁵ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* pàg. 56. Vid. sobre la inclusió a l'ADEA d'un ex empresari, *Causill v. Farmland Indus. Inc.*, 919 F.2d 83, 54 FEP Cases (8th Cir. 1990)

relación a las organizaciones laborales, básicamente la ADEA cubre las organizaciones laborales que afecten a las condiciones de trabajo de los trabajadores y que, además, cuenta con al menos 25 miembros (Sec. 630. e). Por último, las agencias de colocación a que se refiere el ADEA son aquellas entidades que, recibiendo o no una compensación por sus servicios, se encargan de encontrar trabajadores para las ofertas de trabajo de los empresarios (Sec. 630.c). Se entiende pues, que las agencias de colocación en los Estados Unidos pueden ser tanto entidades tanto públicas como privadas y con o sin ánimo de lucro.

4. PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS PROHIBIDAS, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA ADEA

La protección de la ADEA se predica de una amplia gama de prácticas discriminatorias basadas en la edad que la norma prohíbe al empresario, la agencia de colocación u organización laboral. Cubre toda discriminación por edad desde la fase previa de la contratación y hasta los planes de jubilación.

4.1. Ofertas de trabajo e indagaciones precontractuales

Una de las casuísticas más prolíficas de la ADEA es la relacionada con el momento de contratación. Precisamente, una de las principales razones, si no el motivo central, por el que se aprobó la ADEA fue eliminar los obstáculos que encuentran los trabajadores mayores hora de acceder a los puestos de trabajo, como los anuncios de ofertas de trabajo que favorecen a los trabajadores jóvenes en detrimento de los más grandes, como ya avanzaba el mencionado anteriormente informe Writz, precursor de la aprobación de la ADEA. Es por ello que la ADEA dispone que generalmente es ilícito incorporar en las ofertas preferencias, limitaciones o especificaciones de edad (Sección 623.e ADEA).

La *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), órgano que vela por el cumplimiento de la ADEA, ha considerado en sus regulaciones que interpretan como aplicar la ADEA, que quedan prohibidos los anuncios de trabajo que incluyan preferencias de jóvenes, estudiantes jóvenes recién licenciados o franjas de edad, como por ejemplo limitar el trabajo a las personas de 25 a 35 años. Con todo, si bien las regulaciones de la EEOC interpretan que el ADEA no exige a los empresarios que tengan una preferencia por los trabajadores mayores, las mismas regulaciones establecen que se permiten anuncios de trabajo donde se especifique que se prefieren personas mayores, como de 60 años o más³⁶.

³⁶ Regulaciones de la EEOC sobre la discriminación por razón de edad, *Code of Federal Regulations* (C.F.R.), Title 29, Vol. 4. Sec. 1625.4.

Otro aspecto a considerar son las pesquisas previas a la contratación que hacen referencia a que el empresario pregunte la edad o la fecha de nacimiento al trabajador antes de contratarlo. El ADEA no prohíbe específicamente que el empresario lo pregunte. No obstante, y de acuerdo con las regulaciones de la EEOC, en la medida en que el preguntar la edad o la fecha de nacimiento puede disuadir a los trabajadores de edad de solicitar un trabajo o pueden ocultar un posible intento de discriminar por motivo de edad, las preguntas sobre la edad se examinarán minuciosamente para asegurar que la pregunta se formula con un propósito lícito y no con una finalidad de discriminar prohibida por el ADEA³⁷. Así las cosas, es discriminatorio por razón de edad imponer a los trabajadores de una edad determinada requisitos o condiciones que no se imponen a otros grupos. Por ejemplo, según el caso *Shager v. Upjohn Co*³⁸ estableció que un empresario no puede requerir a los trabajadores por encima de los 50 años un test físico y mental que no se exigen a los trabajadores más jóvenes.

4.2. Programas de aprendizaje y formación profesional

En cuanto a los programas de formación, la ADEA establece que, por regla general, es ilícito discriminar por motivo de la edad en todo tipo de programas formativos, excepto que la EEOC autorice limitaciones de edad en determinados programas de formación ofrecidos por el empresario.

Y es que se estima que la formación es básica para los trabajadores de edad, especialmente para aquellas personas que trabajaban en sectores de actividad que han quedado obsoletos o para personas que han agotado las prestaciones por desempleo pero que son demasiado jóvenes para jubilarse. Aprender nuevas habilidades es básico para poder encontrar nuevos trabajos³⁹. También la formación que se ofrece a las empresas a los trabajadores es imprescindible para los trabajadores mayores, ya que, de lo contrario se les imposibilita adaptarse a nuevos puestos de trabajo⁴⁰.

4.3. Privilegios y prestaciones dispensados por los empresarios

Es ilegítimo discriminar a un individuo por motivo de su edad en relación a comisiones o privilegios en el trabajo. Por ejemplo un aumento de los

³⁷ Regulaciones de la EEOC sobre la discriminación por razón de edad, *Code of Federal Regulations* (C.F.R.), Title 29, Vol. 4, Sec. 1625.5.

³⁸ 917 F2d, 398, 1990

³⁹ Autor, D., Dorn, D., "This job is 'getting old': measuring changes in job opportunities using occupational age structure", *American Economic Review*, Vol. 22, No 2, 2009, pág. 45-50
SCHULZ, J.H., " 'the full monty' and life-long learning in the 21st century", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No 2/3, 2000, p. 72.

⁴⁰ Barth, M.C., "An aging workforce in an increasingly global world", *Journal of aging and social policy*, Vol. 11, No. 2/3, 2000 pág. 86.

salarios de los trabajadores o un programa de prestaciones económicas para determinadas contingencias que estableciera límites de edad⁴¹.

En este sentido, en cuanto a las prestaciones (*benefits*) que los empresarios proveen, la ley *Older Workers Benefit Protection Act*⁴² (OWBPA) de 1990, modificó el ADEA para prohibir específicamente a los empresarios el hecho de denegar prestaciones a los trabajadores de edad. La reforma se explica por una sentencia del Tribunal Supremo, *Public Employees Retirement System v. Betts*⁴³ de 1989 en la que se estimó no discriminatorio limitar un plan de prestaciones por discapacidad a los 60 años, ya que era considerado un *bona fide plan*, una excepción a la ADEA que permite la Sec. 623.f.2.b.

Como reacción a esta sentencia el reformó la ADEA mediante la OWBPA por la que no se permiten diferencias basadas en la edad en el abastecimiento de prestaciones relacionadas con el trabajo por parte del empresario, como el seguro de vida (*life insurance*) y la de salud (*health insurance*), la prestación por enfermedad (*sick pay*), la paga de las vacaciones (*vacation pay*) o las prestaciones por jubilación (*pension benefit*) o incapacidad (*disability benefit*). Con todo, el Congreso también reconoció que el coste de proporcionar determinadas prestaciones a los trabajadores de edad es mayor que proporcionar estos beneficios a trabajadores jóvenes, y que este gasto mayor desincentivaría la contratación de trabajadores de edad. De esta forma, en circunstancias limitadas, se permite que un empresario reduzca los beneficios basados en la edad, siempre y cuando el coste de proveer beneficios reducidos a los trabajadores de edad sea el mismo que el coste de proveer beneficios a los trabajadores jóvenes. En este sentido, de acuerdo con la Sec. 623.f.2.bi ADEA y Sect 1925.10 Title 29, *Code of Federal Regulations*, no constituye una violación del ADEA el establecimiento de un plan de prestaciones para los trabajadores *bona fide* el gasto del cual no sea inferior al de un trabajador joven, o bien cuando se establezca un plan que incentive un retiro anticipado voluntario. Además, y de conformidad con lo dispuesto en las regulaciones de la EEOC, Sec. 1625.10.b CFR, Title 29, un plan para excepcionarse del ADEA también debe cumplir con los requisitos de otra ley, la *Employee Retirement Income Security Act*⁴⁴ de 1974 (ERISA), una ley federal que establece los estándares mínimos para los planes de pensión y salud para los trabajadores del sector privado. Normalmente, los planes que reducen las prestaciones por razón de edad y son susceptibles de ampararse en la excepción del la Sect. 4.f.2.B ADEA serán aquellos planes llamados “fringe benefit planes” que son aquellos planes que proveen prestaciones no

⁴¹ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit* pàgs. 160 i 161

⁴² Pub. L. No 101-433, Stat. 978 (1990)

⁴³ 492 U.S. 158, 1989

⁴⁴ Pub. L. 93-406. 88, Stat. 829, 1974

relacionadas con los salarios de los trabajadores, sino otros planes sobre prestaciones por jubilación o enfermedad (Sect. 1625.10.b, Regulations EEOC, Title 29 CFR).

Como se ha observado, ofrecer incentivos para retirarse anticipadamente de forma voluntaria como un plan *bona fide* es generalmente legal según el ADEA. Estos incentivos que establecen los empresarios normalmente se explican por la necesidad de reducir su mano de obra, de modo que ofrecen incentivos a los trabajadores más cercanos a la jubilación para retirarse anticipadamente como prestaciones especiales de jubilación o indemnizaciones por despido especiales de trabajadores que no cumplen aún los requisitos para ser beneficiarios de la prestación de jubilación pero que están en edades cercanas a ser beneficiarios. Es necesario, en todo caso, que el retiro sea voluntario y no sean incentivos que se implementen coercitivamente. El tiempo adecuado para considerar la oferta para ser considerada voluntaria es un periodo de 45 días (Sect. 626.f.1.F.ii ADEA). Finalmente, cabe destacar que la ADEA no establece edad mínima para establecer unos incentivos de retiro anticipado. Ahora bien, puede que sea declarado ilegal establecer límites máximos de edad. Por ejemplo, en el caso *Jankovitz v. Des Moines Independent Community School District*⁴⁵ el Tribunal declaró que un incentivo para jubilarse anticipadamente por los profesores de una escuela entre 55 y 65 años era ilegal porque el límite máximo de 65 años era discriminatorio su ya que fue basado meramente por razones de edad.

4.4. Excepciones para justificar la prohibición de discriminar por razón de edad

Aunque el ADEA prohíba numerosas prácticas discriminatorias relacionadas con la edad, la misma ley prevé una serie de excepciones a estas prohibiciones descritas en la Sección 623 (f), (y).

La primera excepción es la cláusula de buena fe o *Bona Fide Occupational Qualification* (BFOQ), por la que un empresario, agencia de colocación u organización laboral tiene la carga de la prueba para demostrar que el límite de edad que se exige es razonablemente necesario para el funcionamiento de la empresa y que los trabajadores excluidos para desarrollar el trabajo tienen la misma característica, la edad. Sobre la base de esta excepción, una oferta de trabajo puede limitar la edad sólo si demuestra que el establecimiento de una edad es una BFOQ (Sec. 4.f.1. ADEA). Por ejemplo, los bomberos se permite que se exija una edad para la contratación y al mismo tiempo de jubilarse (Sec. 4.j ADEA).

⁴⁵ 421 F.3d 649, 96 FEP Cases 695 (8th Cir. 2005)

Hay que decir que hoy en día, dada la buena esperanza de vida de las personas junto con una buena calidad de vida y los cambios tecnológicos que facilitan el desarrollo de muchos trabajos, se hace difícil probar esta excepción BFOQ. De hecho, actualmente, la excepción BFOQ se limita a algunos trabajos de seguridad pública, como los bomberos o los pilotos de avión, para quien está fijada una edad de jubilación forzosa⁴⁶. A modo de ejemplo, en el caso *Western Air Inc. v. Criswell*⁴⁷ la Corte Suprema declaró que la norma que fijaba la jubilación forzosa a los 60 años para los ingenieros de vuelo no estaba justificada como BFOQ. En su argumentación, el Tribunal afirmó que la jubilación forzosa causa estragos tanto a la persona mayor afectada porque le es muy difícil encontrar un nuevo trabajo, como a la sociedad en general ya que supone una pérdida de experiencias y habilidades que aportan los trabajadores mayores y también al el gobierno por la carga económica que suponen las prestaciones del sistema de seguridad social de los trabajadores no activos.

En segundo lugar, también se exceptúa la protección del ADEA cuando la práctica limitativa de la edad se basa en *reasonable factors other than age* (RFOTA), es decir, que el empresario pruebe que la práctica se refiere a otros factores que no tienen relación con la edad. En la sentencia del Tribunal Supremo *Hazen Paper Co. v. Biggins*⁴⁸ de 1993, se aclaró que cuando el motivo de la limitación sea la pensión, la antigüedad u otros factores relacionados empíricamente con la edad pero no relacionados con estereotipos sobre la edad, la práctica del empresario no es un tratamiento discriminatorio y el empresario deberá probar que se trata de otros factores razonables no relacionados con la edad. En todo caso, hay que examinar en cada caso, si el factor relacionado con la edad que ha sido la causa de la decisión empresarial, es un factor que tiene un impacto desfavorable sobre los trabajadores de edad, o si el factor vinculado a la edad se aplica de forma diferente a los trabajadores jóvenes y los trabajadores mayores, entre otros⁴⁹.

En tercer lugar, otra excepción a las prohibiciones establecidas en el ADEA es cuando la práctica limitativa de la edad se refiere a un trabajador que se encuentra en un lugar de trabajo en el extranjero y la aplicación de la ADEA significaría que el empresario está infringiendo las leyes del país extranjero de que se trate, o al cumplimiento de buena fe del sistema de antigüedad, del sistema de pensiones o en el caso de que se despida al trabajador por una buena causa.

⁴⁶ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* pp. 128-129

⁴⁷ 472 U.S. 400 1985

⁴⁸ 507 U.S. 604, 61 FEP Cases at 756, de 1993

⁴⁹ Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* p. 80

4.5. La renuncia de los derechos que otorga la ADEA por parte del trabajador

Un trabajador puede renunciar a los derechos que le otorga el ADEA siempre que esta renuncia sea inteligible y voluntaria. En efecto, el ADEA también prevé que un empresario pueda pedir a un trabajador que renuncie a sus derechos que dispensa el ADEA ante los tribunales o en conexión con un programa que incentiva el cese laboral (sección 626 (f)). No obstante, el ADEA, conforme a la modificación realizada por el OWBPA, determina unos estándares mínimos que debe reunir una renuncia de los derechos para que esta sea considerada como voluntaria y, por lo tanto, válida. Básicamente éstos estándares están relacionados con garantizar que el trabajador entienda claramente que es una renuncia de derechos, a qué derechos renuncia y que disponga de un tiempo razonable para poder deliberar su opción de renunciar a los derechos que tiene según el ADEA⁵⁰.

4.6. La Comisión de oportunidades para la igualdad en el empleo: EEOC

Hasta la reforma del ADEA de 1978 el Secretario del Trabajo del gobierno federal de los Estados Unidos tenía la responsabilidad de administración, investigación y de hacer cumplir la ADEA. A partir de 1979, a raíz del plan del Presidente Jimmy Carter para consolidar el esfuerzo del gobierno federal para hacer cumplir la igualdad en el trabajo, estas funciones fueron transferidas a la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC), institución a la que se le encomendó la responsabilidad de conciliar e investigar las acciones de discriminación por razón de edad de acuerdo con el ADEA, así como de hacer respetar dicha ley en el sector privado, federal, administrativo y los Tribunales⁵¹.

El EEOC se constituyó a través del Título VII de la ley desde Derechos Civiles de 1964 y comenzó a operar en 1965. El EEOC hace aplicar las principales leyes que prohíben la discriminación en el trabajo, incluida la ADEA. En virtud de la Sect. 9 del ADEA el Congreso autorizó a la EEOC para que establezca normas y regulaciones para llevar a la práctica la ADEA. De acuerdo con Sect. 9. Atendiendo a este precepto, pues, la EEOC ha promulgado diversas regulaciones que desarrollan el contenido y el procedimiento para hacer efectiva la ADEA. Estas regulaciones están contenidas en el Título 29 del Código Federal de Regulaciones (*Code of Federal Regulations*).

En efecto, el EEOC investiga y asesora las alegaciones en casos de discriminación por razón de edad. Ante un supuesto de discriminación presentado ante la EEOC, ésta resuelve si se ha discriminado e infringido la ADEA y trata

⁵⁰ *Oubre v. Entergy Operations, Inc* (522 US 422 (1998))

⁵¹ *Reorganization Act of 1977* (Pub. L. No. 95-17, 91 Stat, 29, 5 U.S.C. Sections 901-912)

de resolver el litigio mediante la conciliación. Así, un rol importante que la EEOC lleva a cabo es el que describe la Sec. 636.b del ADEA, por la cual antes de invocarse ante los tribunales una demanda por infracción de la ADEA, se abre una fase de conciliación en la que el EEOC intentará eliminar la práctica discriminatoria. Y, si la fase conciliatoria no tiene éxito, entonces el EEOC está autorizada para presentar una demanda ante los órganos judiciales.

Según datos de la EEOC en 2011 se resolvieron 26.080 casos relacionados con la aplicación de la ADEA, la mayoría-un 66,9% - terminaron con la resolución de la EEOC declarando que no había una causa razonable que justificara la diferencia de tratamiento basada en la edad. Esta cifra supone un incremento progresivo y considerable teniendo en cuenta los primeros datos de 1997, año en el que las resoluciones sumaron 18.279 y las de los años posteriores⁵².

4.7. Los medios reparadores que se prevén para la vulneración del ADEA

Cuando efectivamente se infringe la prohibición de discriminar por razón de edad en el trabajo establecida por la ADEA los remedios previstos ante esta infracción son los contemplados en la sección 626 (b) de la *Fair Labor Standards Act*⁵³. El medio reparador varía dependiendo de la circunstancia del vínculo laboral donde se haya producido la discriminación. Se incluyen medidas cautelares, la reincorporación al trabajo, la contratación obligada del trabajador, el ascenso del trabajador o el pago de la prestación debida.

Adicionalmente, la violación intencionada del ADEA da derecho a una compensación por daños y perjuicios. Según la Corte Suprema en la sentencia *Trans World Airlines v. Thurston*⁵⁴ una violación "intencionada" del ADEA ocurre cuando el empresario conocía que su actuación constituía una discriminación prohibida por el ADEA o mostró desprecio por si su conducta era prohibida por el ADEA.

Además, en la misma *Fair Labor Standards Act*, en este caso en la sección 629, prevé que cualquier individuo que interpusiera en la actuación de la EEOC en su tarea de clarificar si ha habido o no discriminación por edad prohibida por el ADEA en un caso concreto puede ser sancionado a una multa o prisión de hasta un año.

⁵² EEOC, *Age Discrimination in Employment Act (includes concurrent charges with Title VII, ADA and EPA) FY 1997 - FY 2011*, <http://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/adea.cfm>

⁵³ 29 U.S.C. 626(b).

⁵⁴ 469 U.S. 111, 126(1985) citada a Feder, J., *The Age Discrimination...op cit.* p. 13

5. LOS DOS MODELOS DE RECLAMACIONES PARA PROBAR LA ADEA: *DISPARATE TREATMENT* Y EL *ADVERSE IMPACT*

Cuando un trabajador o solicitante de empleo tiene la intención de alegar la ADEA se prevén dos tipos de reclamaciones sobre las que puede basarse la discriminación. Son el *disparate treatment* (trato desigual) y el *adverse impact* (impacto adverso). El *disparate treatment* tiene lugar cuando un empresario intencionalmente discrimina a un trabajador o adopta una política con la intención de tratar de forma diferente a un trabajador respecto al resto por razón de su edad. Por su parte, el *adverse impact* se da cuando una actuación o política empresarial es aparentemente neutral, pero tiene un impacto adverso sobre un tipo de trabajadores, como los trabajadores mayores de 40 años, y esta práctica no se puede justificar razonablemente.

Como se observa, se trata de dos modelos de prueba a semejanza de la discriminación directa y la discriminación indirecta que prohíbe la Directiva 2000/78/CE que en el ámbito de la Unión Europea prohíbe la discriminación basada en la edad en el empleo y la ocupación. En el caso de la ADEA, sin embargo, y partiendo de la premisa de que en Estados Unidos la jurisprudencia es fuente del derecho, estos dos tipos de formas que puede adoptar la discriminación prohibida por la ley no las define la misma ADEA sino que son las sentencias de la Corte Suprema (*Supreme Court*) que las ha establecido y delimitado. Tanto el tratamiento desigual como el impacto desfavorable son dos modelos de prueba que se desarrollaron en los casos de discriminación del Título VII de la *Civil Rights Act*⁵⁵ que prohíbe la discriminación por razón de raza, sexo, religión y origen nacional.

Sobre la base de estos dos modelos de prueba, un demandante que alegue la ADEA debe establecer, *prima facie*, que ha sufrido una discriminación intencionada llevando prueba de los siguientes elementos: que el demandante está cubierto por el ámbito subjetivo de protección de la ADEA, que el demandado es un sujeto al que se dirige la ADEA; que el demandante se encuentra dentro de la categoría de sujetos protegidos por ley, es decir, que es mayor de 40 años; que el empresario ha realizado una acción desfavorable en el trabajo y, por último, que hay una conexión causal entre la acción desfavorable y la edad del demandante. En este último término, el demandante, al probar la relación causal quiere demostrar que él está calificado para desarrollar el trabajo y que un trabajador más joven y menos calificado ha ocupado el trabajo que le ha sido denegado al demandante. En este sentido, el uso del elemento comparativo es una forma de prueba notable en los casos de discriminación por razón de edad⁵⁶. En el caso

⁵⁵ Player, M.A., *Federal Law of Employment Discrimination in a nutshell*, West Publishing, United States, 1992, p. 137

⁵⁶ Haggard, T.R., *Understanding employment discrimination*, second edition, Lexis Nexis, Newark – San Francisco, 2008, p. 233

*O'Connor v. Consolidated Coin Caterers*⁵⁷, el Tribunal Supremo determinó la persona más joven con quien se compara el que alega la discriminación por razón de edad no debe ser del grupo de personas que protege la ley que es de más 40 años y que, además la diferencia de edad entre el demandante y la persona que se utiliza para comparar las situaciones debe ser considerable⁵⁸.

Una vez que la persona presenta prueba en primera instancia el Tribunal establece que el empresario está obligado a articular una defensa legítima, una razón no discriminatoria que fundamente la exclusión del trabajador o solicitante de trabajo.

5.1. El trato desigual (disparate treatment)

Por tratamiento desigual, según la doctrina del Tribunal Supremo entiende que es aquella situación en la que se trata desfavorablemente a una persona por motivo de una su característica, la edad.

Para los casos de tratamiento desigual el aspecto central a esgrimir es si la acción del empresario ha sido motivada por una intención de discriminar a causa de la edad del trabajador. La prueba debe consistir en una prueba directa, como lo es nota del empresario donde especifica que despide al trabajador por razón de su edad⁵⁹. En estos casos, si el demandante tiene éxito en probar la intención de discriminación en primera instancia (*prima facie case*), la prueba de la carga se traslada al empresario demandado que debe probar que la decisión no constituye una discriminación por razón de edad sino que es una acción legítima y no discriminatoria, como, por ejemplo, probar que el trabajador no desarrollaba correctamente su trabajo o su comportamiento era rebelde y insubordinado. Por tanto, el punto más importante es que se ha de probar la intencionalidad del empresario, agencia de colocación u organización laboral.

5.2. El impacto desfavorable (adverse impact)

La doctrina del impacto desfavorable como modelo de prueba se elaboró en el caso de la *Griggs v. Duke Power Co*⁶⁰ para los casos en que se alegaba el Título VII de la *Civil Rights Act*.

⁵⁷ 517 U.S. 308.

⁵⁸ En esta sentencia el Tribunal supremo matizo la noción "age" que se utiliza a la ley, argumentando que el lenguaje de la ADEA "does not ban discrimination against employees because they are aged 40 or older; it bans discrimination against employees because of their age, but limits the protected class to those who are 40 or older. the fact that one person in the protected class has lost out another person in the protected class is thus irrelevant, so long as he has lost out because of their age".

⁵⁹ Como puntualizan Lindemann y Kadue, la prueba directa, que la denominan *smoking-gun*, es muy poco frecuente. Lindemann, B.T., Kadue, D.D., *Age discrimination...op cit.* p. 25

⁶⁰ 401 U.S. 424 (1971)

Hasta hace pocos años no había una jurisprudencia del Tribunal Supremo unificada sobre la posibilidad de alegar un impacto desfavorable en aplicación del ADEA. Fue en 2005 en el caso *Smith v. City of Jackson, Mississippi*⁶¹ en el cuál el Tribunal Supremo afirmó que el modelo de prueba del impacto desfavorable es válido para los casos donde se alega la ADEA, en todo caso, matizando que la responsabilidad por el impacto desfavorable bajo aplicabilidad de la ADEA es más restringida que en el caso del Título VII.

Ciertamente, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en la sentencia *Smith v. City of Jackson*⁶². En el caso, la Ciudad de Jackson había acordado un aumento del salario de los policías, y el aumento se hizo de tal manera que el incremento para aquellos que contaban con menos de cinco años de antigüedad era mayor que los trabajadores más antiguos. Éstos invocaron una infracción del ADEA a causa de un impacto desfavorable que les representaba el aumento de salario. La Ciudad de Jackson explicó que la decisión del aumento más alto de los salarios de los jóvenes en relación a los trabajadores mayores se tomó para hacer que los salarios fueran más competitivos en comparación a la misma posición en la región donde estaba situada la ciudad. El Tribunal Supremo consideró que el análisis del impacto desfavorable se podía aplicar también en la alegación de la ADEA, si bien difería de alguna manera de la teoría del impacto desfavorable que se aplica en el Título VII. En concreto, el Tribunal estableció que la responsabilidad que se deriva de un impacto desfavorable es más restringida en el ADEA que en los supuestos del Título VII. Y es que el Tribunal estableció que el trabajador debe probar que la práctica empresarial no está relacionada con ningún otro factor relacionado con la edad y que no que el empresario no tiene ninguna necesidad empresarial de establecer la práctica. Así que en el caso de la ADEA, a diferencia del Título VII. Es el trabajador o el empresario quien tiene la carga de la prueba para demostrar que la medida es razonable o irracional⁶³. No obstante, en la sentencia del Tribunal Supremo *Meachan v. Knolls Atomic Power Laboratory*⁶⁴ se cambió el rumbo del Tribunal determinándose que es el empresario el encargado de probar la razonabilidad de la práctica o política discriminatoria. Es, pues, el empresario quien tiene la carga de la prueba, es decir, el reto de demostrar que la medida que tiene un impacto desfavorable para el conjunto de trabajadores de edad avanzada se puede justificar razonablemente por otros motivos diferentes a la edad.

⁶¹ 544 U.S. 228, 95 (2005)

⁶² 544 U.S. 228 (2005).

⁶³ Feder, J., *The Age Discrimination in Employment Act...op cit.* p. 10

⁶⁴ 554 U.S. 84 (2008)

6. LA DIFICULTAD DE EVALUAR LA EFICACIA PRÁCTICA DE LA ADEA SOBRE EL NIVEL DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD

El propósito de la ley ADEA es erradicar la injusticia que supone la discriminación de edad en el ámbito laboral, promover el empleo de las personas mayores para que ésta esté basada en su capacidad en vez de su edad, maximizar la productividad de la economía aprovechando las competencias y la experiencia de los trabajadores mayores y minimizar el gasto del gobierno en la pensión por desempleo⁶⁵.

Según la evidencia empírica, en la práctica, la eficacia de la ADEA ha tenido un efecto escaso en los trabajadores menores de 60 mientras que ha tenido un efecto positivo considerable para los trabajadores mayores de 60 años, especialmente en cuanto a la eliminación práctica de la jubilación forzosa⁶⁶. Sin embargo, los empresarios aún pueden seguir ofreciendo a sus trabajadores, por motivo de la edad, jubilaciones anticipadas mediante prestaciones ventajosas, sin que ello implique una vulneración de la ley. En este caso, como se ha mencionado, el trabajador debe probar que las prestaciones por jubilación anticipada que ofrece empresario no forman parte de las prestaciones de buena fe sino que son diseñadas para evadir la ADEA contra la discriminación por edad⁶⁷.

En cuanto a evitar la discriminación basada en la edad en el momento de la contratación, que, de hecho, consiste en uno de los objetivos principales de la ADEA, este tipo de discriminación es considerablemente difícil de probar ante los tribunales, de forma que, en este sentido, la ley es poco eficaz. El demandante debe persuadir al tribunal que él será el mejor candidato para el trabajo, y que si no se le contrató es por razón de su edad. No es de extrañar, pues, que en un estudio realizado en 1993 sólo el 12,3% de los casos de discriminación por razón de edad estaban relacionados con el momento de contratación⁶⁸. Por contraste, los litigios más comunes son los relacionados con la discriminación de edad son los relacionados con el momento de la extinción del contrato de trabajo, como los despidos, ya que los trabajadores mayores una vez parados se encuentran con un grado de dificultad elevada para incorporarse en un nuevo puesto de trabajo⁶⁹.

⁶⁵ Gold, M.E., Disparate impact under the Age Discrimination in Employment Act of 1967, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 25, núm. 1, 2004, pp. 85 i 86.

⁶⁶ OECD, *Ageing and Employment Policies. United States*. OECD, 2005, pp. 120-123

⁶⁷ Posner, R.A., "Employment discrimination: age discrimination and sexual harassment", *Internacional Review of Law and Economics*, nº 19, 1999. pp. 430

⁶⁸ Posner, R.A., "Employment discrimination...op cit. 438.

⁶⁹ Neumark, D., *The Age Discrimination in Employment Act and the challenge of population aging*, National Bureau of Economic Research, Working Paper 14317. Cambridge, September 2008. p. 5

En conclusión, es mayor la probabilidad de no ser despedido que la probabilidad de ser contratado debido a la ADEA⁷⁰. Y es que es difícil para un trabajador de edad probar que un trabajador más joven e igual de competente como él ha sido tratado más ventajosamente en el momento de ser contratado⁷¹ que protege el ADEA de la discriminación por edad⁷². Y así es como el ADEA que nació como medida para eliminar la exclusión y situación desfavorable de los solicitantes de edad en el mercado de trabajo se ha convertido en una medida para garantizar la permanencia en el trabajo de los trabajadores de edad⁷³.

Por último, también hay que tener en cuenta que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo da una interpretación restringida de la protección en contra de la discriminación por razón de edad. En efecto, por ejemplo, en el caso *Gross v. FBL Financial Services Inc., de 2009*⁷⁴ el Tribunal estableció que en una reclamación por un tratamiento desigual aplicando el ADEA es el demandante quien tiene la carga de la prueba y que tiene que probar que la edad es la causa de la acción desigual del empresario, que edad era la causa “but-for” de la decisión empresarial, de forma que el demandante debe probar que de no haber sido por la edad la acción desfavorable no se habría producido. Esta interpretación contrasta con la interpretación que el propio Tribunal hace del Título VII de la *Civil Rights Act*, mediante el cual queda prohibida la discriminación por motivo de raza, sexo, religión o nacionalidad. En estos casos, el Tribunal ha interpretado que se requiere sólo que el demandante demuestre que el empresario vez de proceder en la acción desigual había tenido en cuenta, la característica protegida, pero no que demuestre que sea la única razón que ha motivado el empresario a actuar desigualmente, sino que entre los varios motivos que han llevado al empresario a actuar de esa manera desfavorable, la raza, sexo, religión o nacionalidad ha sido una de estas diversas razones. Así que el Tribunal, restringiendo la interpretación de la intención de la discriminación

⁷⁰ Scott, J.A., “Age discrimination legislation and the employment of older workers” *Labour Economics*, vol. 11, issue 2, April 2004. pp. 219 et seq.

⁷¹ Es difícil de probar, cómo expresa Posner “because of the intangible elements in evaluating a worker’s performance other than in the simplest jobs—and the simplest jobs do not generate the plausibly high damage claims that repay the costs and uncertainties of litigation. The simplest jobs require little human capital, whether general or specific, and (partly for that reason) pay low wages” Posner, R.A., “Employment discrimination... op cit. pp. 437 i 438.

⁷² Por este motivo, se evidencia que “the actual ADEA plaintiff (...) rather than challenging barriers to job seeking (...) is concerned about holding onto a job he or she has”. Issacharoff, S., Worth Harris, E., “Is age discrimination really age discrimination? The ADEA’s unnatural solution”, *New York University Law Review*, 72 N.Y.U.L. Rev. 780., October 1997, pàg. 793. Así es, datos de un estudio de 1984 revelan que los litigios de la ADEA estan involucrados en un 76% en el momento de extinción de la relación laboral y sólo un 9% en el momento de la contractación. Los demás versan sobre: ascensos (6,6%), degradación de la relación laboral per razón de la edad (6,3%) e indemnizaciones y prestaciones (1,9%).

⁷³ Adnett, N., Hardy, S., “The peculiar case of age discrimination: Americanising the European social model?”, *European Journal of Law and Economics*, nº 23, issue 1, February 2007. p. 39

⁷⁴ 129. Ct. 2343 (2009)

protegida por la ADEA hace más difícil para los demandantes de los casos de discriminación por razón de edad que tengan éxito en sus pretensiones.

Con todo, la ADEA, como el resto de legislación antidiscriminatoria adoptada en los años sesenta en los Estados Unidos ha jugado un rol notable en la mejora las condiciones sociales de trabajo de las personas protegidas⁷⁵ ante la libertad contractual que prima las relaciones laborales en país y la falta de regulación en materia laboral en comparación con la legislación laboral de los países europeos. El ADEA ha ayudado impulsar el empleo de los trabajadores de edad, pero no se sabe con exactitud en qué medida los trabajadores de edad han sido contratados o dejados de contratar por causa del ADEA⁷⁶, como pretendía la ley.

Haciendo un repaso a los datos relativos a la fuerza de trabajo de los trabajadores de edad, destaca que en el año 1980 el número total aproximado de personas ocupadas era de 99 millones. De estas, 16,2 millones eran trabajadores de 45 a 54 años (16,3%), 11,5 millones de ocupados de entre 55 y 64 años (11,6%) y 2,9 millones de personas trabajadoras de 65 años o más (3%). En 2008, de 145 millones de personas ocupadas, 34,5 millones tienen entre 45 a 54 años (23,17%), 20,8 millones entre 55 y 64 años (14,3%) y 5,9 millones tienen 65 años o más (4%)⁷⁷.

Aunque estos datos estadísticos evidencian un ligero incremento de la participación de los trabajadores de edad aún hoy persisten los estereotipos negativos sobre los trabajadores mayores persisten entre los empresarios estadounidenses. Los empresarios destacan y valoran positivamente los trabajadores mayores en cuanto a la lealtad, la experiencia y la cordialidad. En cambio, consideran que los trabajadores mayores no son suficientemente flexibles, ni adaptables, y que carecen competencias en el campo de las nuevas tecnologías⁷⁸. También se considera que la misma protección que ofrece la ADEA los trabajadores de edad produce que los empresarios sean más reacios a contratar a trabajadores protegidos por la ley⁷⁹.

⁷⁵ Zimmer, Sullivan, Richard & Galloway, *Cases and materials on Employment Discrimination...op cit.* p. 81

⁷⁶ Neumark, D., Stock, W.A., "Age discrimination laws and labor market efficiency", *Journal of Political Economy*, nº 5, vol. 107, The University of Chicago, 1999. p. 1123

⁷⁷ Fuente: U.S Census Bureau. "Employed civilian and weekly hours: 1980 to 2008" <http://www.census.gov/compendia/statab/2010/tables/10s0588.pdf>

⁷⁸ Hedge, J.W., Borman, W.C., Lahmlein, S.E., *The aging workforce. Realities, myths and implication for organizations.* American Psychological Association, Washington DC, 2006 p. 35

⁷⁹ Según Lahey, uno de los motivos por el que se considera que los empresarios discriminan por razón de edad el temor a ser demandados a través de la ADEA. Desde este punto de vista se considera que los empresarios no contratan a trabajadores mayores porque éstos pueden demandarlos aplicando la ADEA si son después despedidos o no son promocionados, de forma que los empresarios resulta mucho más fácil para el empresario evitar estas demandas simplemente decidiendo no contratar a los trabajadores mayores los cuales generalmente no pueden probar que han sido discriminados durante la etapa de contratación. Lahey, J.N., "Age discrimination and hiring. Evidence from a labor market experiment", dins Eberts, R.W., Hobbie, R.A. (editors), *Older and out of work. Jobs and social Insurance for a changing economy*, National Academy of Social Insurance, 2008, p. 54

En conclusión, no se dispone de una base empírica sólida para determinar cuál ha sido la eficacia de la ADEA en la práctica y cuál hubiera sido la situación y probabilidades de empleo de los trabajadores de edad si no se hubiera aprobado el ADEA⁸⁰

7. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL CONTRASTE ENTRE LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE EDAD DE LOS ESTADOS UNIDOS Y EL MODELO SOCIAL EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DE EDAD

En Europa, el reto de la inserción de los trabajadores de edad en el mercado de trabajo, tema que se ha convertido candente debido al envejecimiento demográfico mundial, se ha enfocado en el impulso de políticas de empleo que fomenten la participación de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo para favorecer la contratación, la formación y el mantenimiento en activo de los trabajadores adultos. Entretanto, en Estados Unidos se ha planteado a partir de la discriminación por razón de edad para que las empresas no se desprendan de los trabajadores mayores por el sólo motivo de la edad⁸¹.

Puede que resulte curioso que Estados Unidos, a pesar de ser un país que no destaca por su elevado nivel de bienestar social, cuenta ya desde 1967 con una ley que prohíbe la discriminación por razón de edad en el trabajo⁸². Pues bien, el hecho de que Estados Unidos se ampare casi en exclusiva a la ADEA radica en el poco gasto que dedica el país a las políticas de empleo dado el carácter predominantemente liberal, que se traduce en una obvia escasez de políticas públicas que fomenten el empleo de los trabajadores de edad. Es por este motivo que la mayor herramienta de que disponen los trabajadores mayores para eliminar los obstáculos que les supone el acceso a la fuerza de trabajo en los Estados Unidos se centra en la protección prevista en el ADEA que pretende poner cierto freno a la amplia margen de decisión de que goza el empresario debida la doctrina de la *employment-at-will*.

En cambio, las relaciones laborales en el seno de los Estados europeos no se basan sólo en la voluntad de las partes como en Norteamérica, sino que, fru-

⁸⁰ OECD, *Ageing and Employment...op cit.* pàg. 122

⁸¹ Rodríguez Piñero, M., "Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario", dins Camas Roda, F (coordinador), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Editorial Bosch, 2009. p. 16

⁸² Como señala Macnicol "for a nation which in other respects is such a "welfare laggard" the U.S.A has experienced a lively debate on age discrimination in employment since at least the 1930s. By the 1950s and 1960s, the "social justice" and "labour supply" motives (...) and the political urgency of dealing with the wider issue of civil rights was a vital factor in delivering legislation in 1967". Macnicol, J., *Age discrimination. An historical and contemporary analysis*, Cambridge University Press, New York, 2006. p. 266

to de la industrialización, existen normas laborales que tienden a proteger los derechos básicos e irrenunciables de los trabajadores, entre ellos, el derecho a no ser discriminados frente a la parte más fuerte de la relación laboral que personifica al empresario. También en Europa la negociación colectiva entre empresario y trabajadores juega un papel mucho más relevante que en los Estados Unidos a la hora de acordar las condiciones de trabajo. Más aún, buena parte de los Estados de Europa cuentan con importantes sistemas de seguridad social que prevén la asistencia sanitaria universal y gratuita y otras prestaciones, como la jubilación, no ligadas exclusivamente al ofrecimiento del empresario sino a la sola participación del trabajador en el mercado de trabajo o incluso sin estar vinculados a él, limitan también el coste de los empresarios para tener trabajadores de edad a su cargo, a la vez que los trabajadores no dependen sólo de las prestaciones que ofrece el empresario para tener derecho a éstas prestaciones⁸³.

Todos estos elementos de protección de los trabajadores explican que en Europa se haya introducido una legislación específica contra la discriminación por razón de edad décadas posteriores a 1967, año de aprobación de la ADEA⁸⁴. Así, en el seno de la Unión Europea, no fue hasta el año 2000 que se adoptó la *Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, que establece un marco general para la igualdad de trato en el trabajo y la empleo*⁸⁵. A partir de esta norma se hizo efectivo el principio de igualdad y no discriminación introducido en el art. 13 del Tratado de Amsterdam de 1999. La protección de la Directiva contra la discriminación por edad es una regulación asimilable a la que contiene el ADEA. Así, la Directiva prohíbe la discriminación por razón de edad sólo en el ámbito del trabajo y el empleo, tanto la discriminación directa-asimilable a la doctrina *disparate treatment*-como indirecta-asimilable a la doctrina *adverse*

⁸³ Adnett, N., Hardy, S., "The peculiar case of age discrimination: americanizing the European Social model?", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 23, nº 1, February 2007. pàg. 37

⁸⁴ Tal y como añade RIX, "a feature distinguishing Europe (...) from the United States is the extent and nature of the debate on older workers and where the debate is occurring. Significantly more attention is being paid to older worker issues in Europe (...) than in the United States, and the discussion abroad about what to do about those workers occurs more frequently at the government level, with the active involvement of social partners -labor and employers associations-. In contrast, in the United States, where the demographic picture is more favorable than it is in Europe (...) and where the need of Social Security reform is perceived as less urgent, older worker employment has not been singled out for much congressional attention. Rather, efforts to expand employment opportunities for older workers have tended to rest largely with organizations for older persons and older worker advocates, whose efforts have been buttressed by a sizable body of scholarly research and policy analyses on the aging workforce". RIX, S.E., "Comments on 'International responses to an aging labor force'", dins Ghilarducci, T., Turner, J., *Work options for older americans*, University of Notre Dame Press, United States, 2007 pàgs. 348

⁸⁵ *Diario Oficial n° L 303 de 02/12/2000*

impact. Y, a diferencia de otros motivos de discriminación prohibidos por la Directiva, el alcance de la prohibición por motivo de la edad es más limitado en tanto que se prevén notables excepciones que se pueden alegar para justificar una diferencia de tratamiento basada en la edad, como así mismo sucede en las normas antidiscriminatorias estadounidenses.

Es más, tal como la ADEA en Estados Unidos que se adoptó por la creciente preocupación de la exclusión que sufrían los trabajadores de edad en el mercado de trabajo, la Directiva europea también representa la pretensión de conseguir la igualdad de los trabajadores mayores respecto de los jóvenes, no sólo para proteger el derecho fundamental a la igualdad y no ser discriminado, sino también para lograr un objetivo económico⁸⁶, el de conseguir hacer frente a la tergiversación de la pirámide de población activa y pasiva y la viabilidad y sostenibilidad futuras del sistema de pensiones que está provocando el envejecimiento progresivo de la población. Por tanto, desde este punto de vista, si bien debido a las características del mercado de trabajo europeo y la fe en las políticas de empleo, las medidas antidiscriminatorias por edad no se han introducido hasta recientemente, la Directiva 2000/78/CE evidencia que el presente de los Estados Unidos hacia la discriminación por razón de edad puede ser visto como el futuro del modelo social europeo en el sentido de que utiliza la legislación antidiscriminatoria para influir en la tasa de empleo de los trabajadores de edad. Se americaniza así el modelo social europeo y el principio de igualdad encarnado en la Directiva se pone al servicio de garantizar la seguridad en el trabajo de los trabajadores de edad avanzada⁸⁷. También la asimilación del modelo americano por parte del modelo social europeo se observa a través de la regulación de normas antidiscriminatorias como la Directiva 2000/78/CE, y por tanto, de *hard law* (normas vinculantes) en contraposición a la utilización de instrumentos de *soft law* (compromisos no vinculantes) en que la Unión Europea había caracterizado por conseguir sus objetivos de política social comunitaria.

⁸⁶ Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002. pp. 105, 145, 199.

⁸⁷ En todo caso, como concluyen Adnett I Hardy: "the growing political power of elderly in Europe may, as in the Us, cause legislation that was intended as establishing a bases for efficiency-based legislation into one for wealth-grabbing bt the elderly. However, in the EU, given the grater importance of state pensions, the exercise of this political power may target increasing the tax burden on younger generations rather than extending the work like of elderly workers". Adnett, N., Hardy, S., "The peculiar case...*op cit* pp. 39 i 40