

EDAD MÁXIMA PARA ACCEDER A UN EMPLEO Y SU POSIBLE CARÁCTER DE CONDICIÓN LABORAL DISCRIMINATORIA INJUSTA

MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
*Profesor Contratado Doctor
Universidad de Sevilla*

1. INTRODUCCIÓN

Los tiempos han cambiado y es cierto que hoy día el periodo de formación previa al acceso al mercado de trabajo es más extenso, la esperanza de vida es mucho mayor y las condiciones de vida permiten una capacidad más prolongada de permanencia en el mercado de trabajo. Junto a lo anterior, hay factores de tipo socioeconómico que, por un lado, conducen a las empresas a prescindir de los trabajadores *seniors* –básicamente: la productividad, el rendimiento y la feroz competencia–, mientras que otros impulsan a éstos a mantenerse dentro del mercado de trabajo: el sostenimiento de otros familiares, el retraso en la edad de jubilación, la disminución de la cuantía de esta pensión, la soledad o la sensación de vacío que puede acompañar la edad adulta, etc., o el mero deseo de continuar trabajando¹.

Si hasta hace algunas décadas era habitual en nuestro país el ingreso en una empresa a edad temprana y el mantenimiento en la misma hasta la jubilación, esto parece haberse convertido en la excepción, no sólo por un cierto deseo de nuevas experiencias y de cambio en las personas jóvenes, sino también por otra serie de causas que ocasionan frecuentes reajustes en las plantillas y que terminan, desgraciadamente, en la extinción del contrato: la expansión del mercado, fruto de la globalización, que obliga a un ritmo de trabajo frenético; el constante cambio de las nuevas tecnologías, con la dificultad de estar al día y adaptado; así como la realidad de que frente a las crisis económicas, aunque el epicentro pueda

¹ Algunos de estos motivos quedan reflejados en la reciente película de Nancy Meyers “The intern” (“El becario”, 2015).

estar en otra parte del planeta, nadie puede considerarse inmunizado y un negocio floreciente puede acabar en la ruina.

Ante el panorama que se acaba de exponer, se plantea la problemática de si la edad puede ser utilizada por el empleador a la hora de establecer los requisitos de acceso a un puesto de trabajo. En mi opinión, se trata de una cuestión de complejidad extrema, pues nos movemos en el difícil terreno del derecho a la igualdad de trato, pero sí adelantaré, desde este momento, que la postura que se va a defender es favorable a la aceptación de supuestos en los que la empresa puede utilizar la condición “edad” como criterio de preferencia en dicho acceso. Es una postura minoritaria en la doctrina iuslaboralista española y tiene de bondad que contribuye a abrir un debate que considero no se ha dado entre nosotros.

La primera objeción que puede plantearse a quienes defienden la tesis que niega de modo absoluto la presencia de la condición “edad”, exigiendo siempre que este dato de la persona se sustituya por la real capacidad profesional del sujeto demostrada y constatada², es que esta postura exigiría, de inmediato, una revisión tanto de la edad mínima de acceso al trabajo, que podría desaparecer, pues sería suficiente con que el candidato demostrara que es capaz de realizarlo, como toda la serie de contratos formativos que incluyen un tope máximo de edad en el trabajador que los concierte³, e, incluso, la propia edad de acceso a la pensión de jubilación, que, lejos de ser un derecho, se podría convertir –por coherencia de planteamiento– en un beneficio sometido a la prueba de la incapacidad absoluta para el trabajo.

² Defendida particularmente y sin fisuras por APARICIO TOVAR, J., “Discriminación por razón de edad”, en LOUSADA AROCHENA, J. F., y MOVILLA GARCÍA, M. (COORDRES.), *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, Edit. Comares, Granada 1998, pp. 1 y ss.; y GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, nº 59/2001, pp. 93 y ss.

³ Una revisión del contrato de aprendizaje italiano desde esta perspectiva, a la luz de la Directiva 2000/78, 27-11, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, fue realizada por LOY, G., “Contratti formativi, contratti di inserimento e principio de non discriminazione per età”, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, nº 4/2008, p. 515 y ss.; en especial, p. 536.

Si se abandona la tesis anteriormente mencionada y se acepta la defendida por el TC en su sentencia 75/1983⁴ y respaldada por la Directiva 2000/78⁵ –enunciada en el sentido de que “*cabe la preferencia de edad si la finalidad es legítima y los medios son proporcionales y adecuados*”–, se deberá compartir la conclusión de que los problemas deberán resolverse *ad casum*, no siendo posible con carácter previo establecer más que un principio general, que, a mi juicio, es éste: El tratamiento que reciba la condición “edad” en el acceso al empleo no puede ser el mismo si estamos ante el empleo público funcional o ante el empleo privado, porque mientras el primero se rige exclusivamente por el mérito y la capacidad⁶, en el segundo se añade a los anteriores la libertad de empresa⁷, lo que deberá permitir un mayor margen de modulación con vistas a alcanzar un mayor rendimiento económico, sin que tal objetivo tenga necesariamente que suponer un desprecio de la dignidad del trabajador como persona⁸.

Así las cosas, quien ha de tratar este tema se encuentra con una dificultad terminológica: el término “discriminación” en el ámbito jurídico se ha colmado, por influencia norteamericana, de un sentido peyorativo que no se corresponde con el que originariamente tenía en el uso común de nuestro entorno⁹, lo que obligó en su momento a crear la expresión “discriminación positiva”; es más, el término alternativo –“selección”– tampoco se recibe con agrado por sus connotaciones darwinistas (la selección natural de supervivencia entre las especies) o porque se ha visto contaminado por el de “discriminación” (no es bueno seleccionar porque toda selección supone una discriminación). De ahí que la única opción que encuentro para afrontar el problema desde un punto de vista más neutral es el de la edad como criterio de preferencia en el acceso al empleo.

⁴ De 3-8, FJ 2º, remitiéndose a Sentencias anteriores: 10-7-1981, 14-7-1982, 10-11-1982, así como a dos Sentencias del TEDH de 23-7-1968 y 27-10-1975.

⁵ Art. 6.1.

⁶ Arts. 23.2 y 103.3 CE.

⁷ Art. 38 CE.

⁸ Claramente en contra: GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, p. 108.

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Edit. Tecnos, Madrid 1986, pp. 84-88.

El estudio que sigue se inicia con unas consideraciones previas (2), que he preferido tratar separadamente de esta introducción, y se continúa con el análisis de la jurisprudencia que se ha ido produciendo al respecto, comunitaria y española, tanto en el ámbito de la Administración Pública (3) como en el de la empresa privada (4), ésta mucho más reducida y exclusivamente española como se constatará, precedido en ambos casos por la mención y crítica de la normativa aplicable. La última parte ofrece una breve referencia de lo que se entiende en términos jurídicos por discriminación positiva y discriminación indirecta o inversa en relación con la edad (5), recurriendo a cierta jurisprudencia del derecho inglés donde se encuentran algunos ejemplos relacionados con el acceso al empleo y no con la extinción del contrato (que suele ser más frecuente en otros ordenamientos). El estudio se cierra con algunas conclusiones y sugerencias de *lege ferenda* en materia de política de empleo (6).

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

El estudio se limita a la edad y su posible carácter discriminatorio en el acceso al empleo. Seguramente hubiera sido preferible una consideración global que abarcara todas las fases de la relación laboral, especialmente la extintiva, pero el eje con que se concibe esta obra colectiva obliga a que nos ajustemos a dicho momento previo al contrato. Quede, pues, el lector advertido.

Parece claro que la edad no es un rasgo de la persona que se pueda equiparar a la raza o al sexo. Es evidente que la edad cambia mientras que los otros permanecen estáticos e idénticos a lo largo de la vida. Tampoco puede considerarse que históricamente haya habido una consideración peyorativa de los menores o los mayores de edad¹⁰. De ahí que el planteamiento de la Directiva que va a plasmar la igualdad de trato por edad en el mercado de trabajo sea más flexible que cuando aborda idéntica cuestión pero referida al sexo o raza¹¹. Se procura así establecer

¹⁰ MERCADER UGUINA, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en obra dirigida por él mismo, *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, Edit. Lex Nova y Universidad Carlos III de Madrid, Valladolid 2009, p. 26.

¹¹ Los antecedentes a la aprobación de la Directiva han sido tratados suficientemente por la doctrina: v. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, nº 98/2009; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, J., “El (...)”

un planteamiento de protección de la igualdad más moderado y compatible con actividades que por sus características pueden exigir unas determinadas aptitudes físico-psíquicas, con políticas estatales que han de utilizar el criterio “edad” para ser eficaces y con decisiones empresariales que recurran a la edad no caprichosamente sino de manera justificada y proporcionada. La Directiva, además, proporciona un elenco de situaciones en donde la edad puede actuar como criterio preferente.

Este esquema de la Directiva, especialmente en cuanto a la mención de excepciones a la igualdad de trato en relación con la edad, ha sido objeto de intensas críticas por parte de la doctrina iuslaboralista española, que se inclina mayoritariamente por un enfoque mucho más restrictivo¹². En la doctrina italiana y en la francesa encontramos algunas posturas más moderadas¹³. La mía no es tampoco tan crítica: es claro que hacía falta una Directiva que impidiera los abusos que se pudieran dar en este ámbito, pero no considero un error el que la norma comunitaria haya descendido a algunos supuestos ejemplificativos. Son diversos los

tratamiento internacional y comunitario del empleo de las personas de edad avanzada: entre la prohibición de discriminación y el envejecimiento activo”, en obra dirigida por ellos mismos y coordinada por ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo. Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Edit. Tirant lo Blanch, en prensa; MEYER-HEINE, A., “La solidarité à l’égard des personnes âgées en droit de l’Union européenne”, *Revue de l’Union Européenne*, nº 594/2016, pp. 10-14.

¹² GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pp. 95 y 104-105; APARICIO TOVAR, J., y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Edit. Bomarzo, p. 64; BALLESTER PASTOR, M. A., “El tratamiento de la edad en Derecho Comunitario”, en CAMAS RODA, F. (COORD.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Edit. Bosch, Barcelona 2009, pp. 97-100, 107 y 113; de la misma autora, “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en obra coordinada por ella misma, *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 19, 30-33, 52, 59 y 75; CABEZA PEREIRO, J., “Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad”, en BALLESTER PASTOR, M. A., *La transposición...*, *op. cit.*, p. 258; y ALAMEDA CASTILLO, M. T., *Estudios previos al contrato de trabajo y discriminación*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, pp. 208-211.

¹³ LOY, G., “El empleo de los trabajadores maduros. Marco general”, en MERCADER UGUINA, J. R. (DTOR.), *Trabajadores maduros...*, *op. cit.*, p. 87: siguiendo a BARBERA sostiene que “la Directiva al menos ha producido un resultado: hacer que las distinciones por motivos de edad adoptadas por los legisladores nacionales en materia de acceso al trabajo y a los beneficios sociales, o en materia de incentivos al empleo, se consideren por la Directiva marco como una excepción expresa a la prohibición de discriminar sobre esta base, que debe interpretarse en sentido restrictivo”; LOI, P., “El principio de razonabilidad en la discriminación por edad”, en MERCADER UGUINA, J. R. (DTOR.), *Trabajadores maduros...*, *op. cit.*, quien menciona algunos aspectos positivos y otros negativos, pp. 56-59; y MEYER-HEINE, A., *op. cit.*, pp. 14 y 21.

intereses en juego y el derecho al trabajo puede verse afectado, no así la dignidad personal. La Directiva pretende alcanzar este equilibrio y aporta luz al ordenamiento interno. Basta recordar la división de posturas que se produjo en la STC 75/1983, con un voto particular firmado por cinco magistrados, para tomar conciencia de la dificultad de análisis; un voto que venía a dotar al art. 14 CE de un blindaje tal que hubiera conducido a una parálisis de la política de empleo y a la negación absoluta de la libertad de empresa, al exigir una comparación de los bienes jurídicos protegidos muy difícil de llevar a cabo por el propio planteamiento constitucional de los derechos fundamentales¹⁴. El juicio de proporcionalidad a la hora de analizar la conculcación de la igualdad en razón de edad exige un análisis del supuesto concreto y no siempre los elementos a utilizar serán los mismos: en algunos casos se podrá recurrir a un *tertium comparationis* mientras que en otros no.

Sí me parece más criticable, y creo que en este punto hemos podido ser algo conformistas, la Ley 62/2003, que transpone la Directiva a nuestro ordenamiento interno de modo un tanto encubierto y limitado¹⁵: lo primero, al no ser una Ley específica y exclusiva dedicada a establecer los principios y criterios a considerar para evitar la discriminación por edad (así como por otros motivos, como la raza o etnia, la religión o convicciones, la discapacidad y la orientación sexual), sino dirigirse a una pluralidad de asuntos, con artículos de permanencia y otros de reforma de preceptos de otras leyes¹⁶; lo segundo, por ceñirse a una transposición

¹⁴ Ni el derecho al trabajo ni la libertad de empresa tienen carácter de derechos fundamentales *stricto sensu* por su ubicación en nuestra Carta Magna. La invocación de la dignidad de la persona, que debe predicarse tanto del trabajador como del empresario, o del derecho a la igualdad, se topan con la dificultad de su fuerza intrínseca, necesitada de consideración del caso concreto o del análisis de su relación con otros derechos. También el empresario puede invocar el derecho a la propiedad privada a la hora de organizar y componer su actividad comercial y la Administración Pública deberá poder invocar su potestad de autoorganización en determinados casos. Sobre la necesaria limitación de los derechos fundamentales del trabajador a partir del art. 38 CE, al tiempo que se reconoce la dificultad para determinar esos límites *a priori*, v. MARTÍN VALVERDE, A., "Prólogo", en LOUSADA AROCHENA, J. F., y MOVILLA GARCÍA, M. (COORDRES.), *op. cit.*, pp. XX-XXI. También se pronuncia sobre la necesidad de alcanzar un equilibrio entre "igualdad de trato" y "poder de libre dirección de la empresa" RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., "¿Igualdad, o no discriminación en las relaciones de trabajo? (En torno al artículo 17.1)", *RÉDT*, n.º 100, vol. I, marzo/agosto 2000, pp. 525-526.

¹⁵ De 30-12 (BOE núm. 313, 31-12-2003): arts. 27-28, 34-43.

¹⁶ Su propio título la presenta como una Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Crítico con la transposición se mostró en su día MERCADER UGUINA: "*no parece que ni por* (...)

mínima y muy general, sin incorporar los supuestos de discriminación positiva ni hacer mención alguna a los que la Directiva señala como de posible excepción a la igualdad de trato por razón de edad¹⁷. Además, la norma comunitaria permitía excluir de su ámbito de aplicación las Fuerzas Armadas pero la Ley omite mencionar cualquier particularidad en este sentido, lo que después le ocasionará el problema a la Administración de defender desigualdades de trato en este sector, recibiendo, como veremos, fallos judiciales contrarios a algunas edades máximas establecidas.

3. LA EDAD MÁXIMA COMO CRITERIO DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

3.1. La reserva legal para su establecimiento

Así lo vino a determinar el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) y así se mantiene en el Texto Refundido aprobado recientemente¹⁸. La aportación del EBEP fue importante, como ha señalado la doctrina administrativa¹⁹, porque vino a poner fin al reglamento como fuente del derecho válida para fijar los topes de edad. Pese a que la propia Constitución determinaba que el Estatuto de la Función Pública se regularía por una Ley y que las condiciones de acceso a los cargos y a las funciones públicas también deberían ser determinados por ley²⁰, la realidad había sido que esas leyes habían hecho una mención muy genérica de la edad como posible requisito de acceso, al tiempo que permitían a la Administración Pública que la concretara en su tope

el fondo ni por la forma resulte el método más adecuado acudir a la tumultuosa Ley a la que nos venimos refiriendo para incorporar una materia de la trascendencia de la que hablamos” (Cfr. “Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004”, *Relaciones Laborales*, 2004-I, p. 1085).

¹⁷ Así lo ha observado LOY, G., *op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁸ Art. 56.1,c) Ley 7/2007, 12-4 y precepto de idéntico número y letra RD Leg. 5/2015, 30-10, respectivamente.

¹⁹ FUENTETAJA PASTOR, J. A., “Los límites máximos de edad como requisito de acceso a la función pública desde la perspectiva del derecho europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014 (C-416/13)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 53/2015. Consultado on-line en base de datos Aranzadi, BIB 2015\391, p. 2.

²⁰ Arts. 103.3 y 23.2 CE.

mínimo y máximo a través de su potestad reglamentaria. No obstante, cabe mencionar alguna opinión doctrinal crítica con la reserva legal²¹.

En el siguiente apartado se analizará una abundante jurisprudencia sobre los topes de edad en la función pública. En muchas de esas sentencias era un precepto reglamentario el que establecía un tope máximo de edad para el acceso al empleo, siendo anulado no por su oposición al EBEP, que se aprobó posteriormente, sino por su carácter discriminatorio. El precepto del Estatuto es claro en lo relativo a este punto: *“Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público”*.

Y es que gran parte de los reproches que se le hacen a la edad, como requisito de acceso, guardan relación con la no mención de esta condición en el art. 103.3 CE, que se refiere tan sólo a los principios de mérito y capacidad, y la especial referencia a la igualdad en el art. 23.2 CE. Todos tienen derecho al acceso a esos puestos de empleo público, por lo que las restricciones por razón de edad serán analizadas con rigor por parte de los tribunales. Y ello exigirá acudir en muchos casos a la norma propia del Cuerpo que se esté considerando, ya que el propio EBEP establece su condición de norma supletoria respecto de la legislación específica del personal militar de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado²². Por cierto, en éstas últimas no se ha de considerar incluida la Policía Local, que se regirá por el EBEP, la normativa autonómica y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad²³. Esto último supone que también a esta policía le resulta aplicable la reserva de ley que comentamos²⁴.

²¹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Introducción. Organización administrativa y empleo público*, Edit. Open, Madrid 2013, p. 559.

²² Art. 4, apartados d) y e) EBEP.

²³ Art. 3.2 EBEP.

²⁴ V. STS (3ª) 3-2-2014, declarando no haber lugar al recurso de casación en interés de ley (nº 76/2010) interpuesto por la Junta de Andalucía contra la STSJ Andalucía, Sevilla, 4-5-2010, Rec. nº 60/2010. La Comunidad Autónoma andaluza defendía la exclusión de la Policía Local del EBEP y, por tanto, la potestad de la Junta de Andalucía para establecer vía reglamento una edad máxima en el acceso.

3.2. Los criterios utilizados para justificar o rechazar por discriminatorio un tope máximo de edad

3.2.1. La permanencia en el cargo o puesto durante un tiempo suficiente antes del acceso a la pensión de jubilación para garantizar un adecuado desempeño del mismo

Se relaciona con el art. 6.1.c) Directiva 2000/78. Desde el punto y hora en que la jubilación se presenta como voluntaria en el ámbito privado, resulta un criterio débil en términos de estricta técnica jurídica en dicho sector. No sucede lo mismo si nos situamos en el ámbito funcional, donde la jubilación tiene carácter forzoso. Se trata de un criterio que fue empleado por la STC 75/1983, en relación con el acceso al cargo de interventor del Ayuntamiento de Barcelona. Estamos, pues, ante un puesto de funcionario al que concursan sólo quienes gozan ya de dicho *status*, por lo que no estamos en puridad ante un acceso inicial a la carrera. Como se ha señalado, cinco de los diez Magistrados que componían el Pleno formularon un voto particular, pues entendían que no bastaba ofrecer una justificación de la discriminación para que el precepto debiera entenderse constitucional, sino que era preciso que se estuviera protegiendo un bien constitucional superior a la igualdad (no lo era el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, que se alcanzaría exigiendo que al funcionario le restaran, por lo menos, cinco años para su jubilación, de manera que se topaba la edad en 60 años) y que existiera una adecuación medio-fin, que no se daría en este caso por la posibilidad del funcionario de abandonar el cargo para optar a otro al poco tiempo de haber tomado posesión del primero.

La posición mayoritaria entendió, no obstante, que no se daba la discriminación alegada. En mi opinión, los criterios del voto particular resultaban demasiado exigentes, como he señalado *supra*, pero, al mismo tiempo, la edad establecida parecía excesivamente cercana a la de jubilación, con lo que podía cuestionarse el fin perseguido. Aquí nos enfrentamos ya con una dificultad que presentan todos estos asuntos, cual es la determinación de la edad exacta en donde situar el límite. No es cuestión fácil. Pese a todo, en tales casos parece más adecuado conceder a la Administración el margen de decisión, otorgando, si cabe, más importancia al otro argumento alegado –las “*exigencias de operatividad y*

*eficacia de la Administración*²⁵– que al propio de una carrera suficiente antes de jubilarse. Es lo que hace finalmente el TC en este supuesto un tanto extremo.

Se separaría de este criterio la STC 37/2004²⁶, al considerar demasiado drástica la limitación de acceso a la función pública local, en todos los puestos y cargos, a quienes les restaran, por lo menos, diez años para la jubilación. Es decir, es precisamente la generalidad del requisito (toda la función pública local) lo que lleva a la Sala a considerar no razonable la discriminación por edad²⁷.

Pocos meses después dictaría sentencia en el Asunto Herrera el Tribunal de Justicia de Primera Instancia²⁸, admitiendo el tope de edad en el concurso a plazas de funcionarios de las Comunidades Europeas, al permitirlo la legislación vigente²⁹ y estar justificado de modo objetivo y razonable en razones de interés del servicio, de manera que el funcionario seleccionado tuviera por delante un tiempo de carrera razonable y no se desequilibrara el régimen comunitario de pensiones³⁰. La referencia a esta cuestión de Seguridad Social sigue presentando su dificultad, ya que los términos en que se menciona no terminan de ser clarificadores. La razón parece ser el equilibrio entre funcionarios y exfuncionarios pensionistas: si es así, quizás hubiera sido preciso un análisis comparativo de la realidad del órgano de la Administración comunitaria. De otro modo, la admisión del tope de edad no parece quedar suficientemente justificada.

²⁵ FJ 5º.

²⁶ De 11-3.

²⁷ *“Tampoco puede justificarse una disposición, como la contenida en el último inciso del art. 135 b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, en la conveniencia de que determinadas plazas sean cubiertas de forma estable por el simple motivo de que el legislador la ha referido a toda la función pública local. En nuestra STC 75/1983, de 3 de agosto, hemos señalado que puede ser justificable que la provisión de determinadas plazas de la función pública contenga exigencias específicas de edad derivadas de las peculiaridades de los concretos puestos a cubrir. Pero tal posibilidad no opera cuando, como es aquí el caso, la norma se aplica de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales”* (FJ 6º).

²⁸ Sala Quinta. De 28-10-2004. Asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02, Olga Lutz Herrera vs. Comisión de las Comunidades Europeas.

²⁹ Apartado 84.

³⁰ Apartado 99.

De nuevo en el derecho interno, la STS (3ª) 29-1-2015³¹ adoptará una postura favorable a considerar discriminatorio el tope de edad en relación con una plaza de Intendente de la Policía Local del Ayuntamiento de Viladecans (Barcelona), para la que se establecía una edad máxima de 55 años, pero la argumentación jurídica que utiliza es errónea, ya que basa el fallo en la STC 75/1983, que precisamente consideró constitucional la exigencia de una condición similar³². Un pronunciamiento ciertamente sorprendente y llamativo, que podría haber dado lugar a un recurso de amparo por atentar al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

El criterio anterior puede ser complementado por otros análogos, como alcanzar un rendimiento suficiente o llegar a adquirir la experiencia precisa, o por el adicional que vincula tiempo de trabajo con cotización suficiente en orden a ser beneficiario de una pensión de jubilación. También puede ser visto en una perspectiva más global, en cuyo caso nos situamos ante el criterio complementario de la necesaria ordenación de la promoción entre las diferentes escalas que componen un Cuerpo funcional³³.

En relación con el criterio de la exigencia de haber cotizado un tiempo suficiente en orden a la percepción de la pensión de jubilación, la STC 37/2004 lo considera insuficiente para la mencionada limitación a la función pública local. Y es que, ciertamente, es un criterio que resulta

³¹ Rec. nº 1242/2013.

³² “Si se compara la entidad del puesto de Intendente de la Policía Local de un Ayuntamiento como el demandado con el puesto a que se refería la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983 (Interventor de Fondo del Ayuntamiento de Barcelona) es lógico afirmar que, si el límite de no superar la edad de 60 años en el caso decidido en dicha sentencia se consideró que vulneraba los arts. 23.2 y 14 CE, la conclusión inevitable es la de que un límite máximo de edad de 55 años para una plaza, como la cuestionada en el proceso actual, de un Ayuntamiento de la entidad del demandado; esto es, de 5 años menos del que se consideró inconstitucional en el caso de la STC 75/1983, debe ser, con razón reforzada (tanto por la menor edad, como por la entidad del Ayuntamiento) vulnerador de los mismos preceptos” (FD 9º). Con anterioridad, la STC 29/2012, 1-3, había considerado constitucional el precepto de la Ley Andaluza de Coordinación de Policías Locales, en relación con la exigencia de edad inferior en, al menos, diez años respecto del pase a la situación de segunda actividad, para poder concursar a una plaza de Oficial de Policía del Ayuntamiento de Cádiz.

³³ Criterio ciertamente complejo si tenemos en cuenta que existen diversas vías para acceder a las distintas escalas: promoción interna oficial, promoción libre, movilidad desde puesto de otra Administración territorial y acceso libre desde fuera del Cuerpo.

curioso en sí en el derecho español, por la posibilidad que existe del cómputo recíproco de cotizaciones. Quien llega a ser funcionario local ha podido cotizar con anterioridad en otra/s actividad/es, por lo que no se encontraría impedido de ser beneficiario de una pensión de jubilación.

Si detenemos nuestra atención en la búsqueda de una permanencia en el puesto, que permita adquirir la experiencia necesaria y garantizar que los puestos de mando serán ocupados por quienes llevan acumulados muchos años de servicio, necesariamente hemos de hacer referencia al tratamiento específico y peculiar de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil. Respecto a ésta última, diversas Sentencias del TSJ Madrid³⁴ no consideraron discriminatorio el tope de edad en el acceso, diferenciando este Cuerpo de la Policía Nacional, Autonómica o Local. La Sala madrileña fundamentó sus fallos en la mayor importancia de la Guardia Civil por su labor a nivel nacional y por sus funciones, que exigen –y esto creo que es lo decisivo– un conocimiento de la persona durante un tiempo largo; es decir, la tarea se considera como una misión de la persona durante toda su vida activa. No se está resolviendo un caso de acceso a un puesto de responsabilidad de quien ya se encuentra en el Cuerpo, sino que se está haciendo un planteamiento global de la carrera, que exige mucha formación del candidato –aquí, el aspecto de la juventud como esa mayor docilidad para poder formarse y dejarse formar– y una dilatada carrera que permita un conocimiento suficiente del mismo por sus mandos superiores para poder encomendarle tareas de especial responsabilidad. No resulta fácil definir el criterio en pocas palabras, pero podría ser algo así como “*edad máxima justificada por*

³⁴ Cont.-adm. 479/2012, 8-5, Rec. nº 11/2009, 535/2012, 22-5, Rec. nº 1032/2008 y 918/2012, 17-10, Rec. nº 1545/2009. Anteriormente la misma Sala se había pronunciado sobre esta cuestión en igual sentido, si bien su justificación resultaba a mi juicio más pobre: “... las necesidades de recursos humanos de la Guardia Civil no se suplen únicamente con la captación o ingreso de cierto número de personas, cualquiera que sea su preparación, o en este supuesto, su edad, sino que, junto a otros condicionantes... es menester que las personas que ingresan en dicho Cuerpo se ajusten a unos límites de edad para permitir no solo atender a las necesidades numéricas a corto plazo, sino también aquellas que se precisan a largo plazo y que requieren una previa carrera en el Cuerpo basada en la experiencia y en la acumulación de méritos que han ido perfilando la carrera del miembro del Instituto, desempeñando las funciones propias de diferentes destinos y acordes a los distintos empleos, todo lo cual permite, en fin, garantizar la plena satisfacción de las necesidades actuales y futuras del Cuerpo de la Guardia Civil...” (S. núm. 174/2011, 30-6, Rec. nº 618/2007, FD 3º).

*necesidades formativas y de dilatada carrera en el Cuerpo por razones de seguridad*³⁵. Estos son los criterios que me resultan más convincentes, que no quedan cumplidos sólo mediante la superación de pruebas físico-psíquicas. El último pronunciamiento –bastante confuso en el desarrollo de su fundamentación jurídica– combina el criterio de la especificidad de las funciones y la naturaleza de la Guardia Civil con el hecho del pase a la situación de retiro a los 58 años, viniendo a decir que dicho régimen justificaría el tope de edad a los 30 años para el acceso, ya que, si no hiciera así, se privilegiaría a quien, habiéndose incorporado más tarde, podría pasar a la reserva a la misma edad. El planteamiento, pese a su radicalidad, tiene su cierta lógica, si se quiere que la cuantía de la pensión sea suficiente³⁶.

El tope de edad máxima en la Guardia Civil ha seguido evolucionando de una manera hartamente compleja, en una especie de conflicto entre el TSJ de Madrid y el TS, ya que éste último se separa del criterio de especialidad de dicho Cuerpo y considera discriminatorio, por injustificado, el tope máximo de edad, a partir de su propia

³⁵ “La cuestión es que, en definitiva, existen dos interpretaciones distintas de la finalidad que persigue la inclusión de un límite de edad entre las condiciones generales de acceso al Cuerpo, de un lado, la de la parte actora que según se desprende de la demanda considera que tal finalidad es la de asegurar las idóneas condiciones físicas de los aspirantes, lo que viene de suyo desde los 18 años hasta los 30. De otro, la interpretación de la Administración demandada, que considera que la permanencia en el Cuerpo es una garantía de cobertura de las plazas con las personas más preparadas por la experiencia adquirida... Analizados ambos criterios esta Sala tiene que inclinarse por admitir que el objetivo que se pretende con la inclusión del límite de edad, que además tiene la necesaria cobertura normativa, se consigue mediante la base impugnada, lo que significa que la razón por la que se ha introducido es justa y razonable y proporcional al fin que se pretende conseguir. En gran medida se justifica en la naturaleza militar del Cuerpo y condición de militares de sus miembros y es acorde con la pretensión de conseguir que haya un personal capacitado para desempeñar los cometidos de los diferentes puestos de trabajo teniendo en cuenta la trascendencia para la sociedad y el Estado de tales cometidos. La consecución de un personal capacitado no se obtiene de la mera superación de las pruebas sino que se obtiene de la permanencia en el servicio del Cuerpo y ésta se consigue garantizando un límite de edad para acceder al mismo” (STSJ Madrid (cont-adm) núm. 479/2012, 8-5, rec. nº 11/2009, FD 4º).

³⁶ “Si la edad máxima de ingreso es de 30 años y la edad de pase a la situación de retiro es a los 58 años, el legislador en virtud de su potestad de autoorganización ha previsto qué utilidad, rendimiento y condiciones deben reunir los aspirantes para poder ser acreedores, en su día, al pase a retiro y obtener una pensión de jubilación; si no, se podría dar una suerte de privilegio que permitiera ingresar a cualquier ciudadano a cualquier edad y pasar a retiro a los 58, incumpliendo el tiempo máximo exigido de cotización que se exige al resto, lo que lejos de conculcar la igualdad sería una suerte de privilegio que conculca la legalidad” (FD 7º, con redacción defectuosa que he corregido, S. núm. 794/2014, 26-11, Rec. nº 84/2013).

jurisprudencia relativa a la Policía Nacional³⁷. Finalmente, la Ley 29/2014 de Régimen del Personal de la Guardia Civil elimina las Escalas Facultativa Superior y Facultativa Técnica y eleva la edad de acceso a la Escala de Cabos y Guardias de 30 a 40 años³⁸

En cuanto a las Fuerzas Armadas, la jurisprudencia ha sido algo más coherente, si bien recientemente encontramos un pronunciamiento de la AN que resulta desconcertante. Todo lo dicho para la Guardia Civil como argumentos favorables a la fijación de topes de edad es extrapolable a las Fuerzas Armadas, que ha constituido la institución más sólida en orden a la admisión de topes por edad, aceptada expresamente por la Directiva 2000/78³⁹. Pues bien, en el año 2012 encontramos dos pronunciamientos judiciales que admiten el tope de edad para el acceso directo a las Escalas de Tropa y Marinería, uno⁴⁰, y a los Cuerpos Comunes, el otro⁴¹. Los argumentos empleados en ambos adolecen, a mi juicio, de cierta superficialidad. Resumidamente, son éstos: a) necesidades numéricas que se presenten a corto y largo plazo; b) importancia de la experiencia y la acumulación de méritos; y c) posibilidad de retiro a edad temprana. Salvo algunas referencias genéricas a la edad –como pilar en que se basa la carrera militar o la correspondencia “*superior edad*” con “*mayor responsabilidad*”– no se hace especial mención a la vinculación entre este factor y la aptitud psicofísica o la facilidad para recibir y asimilar la formación precisa, a la que me he referido al tratar de la Guardia Civil.

Los pronunciamientos posteriores tendrán que resolver topes de edad en relación con el acceso directo a Cuerpos de la Escala de Oficiales que, como manifestará abiertamente el TS, requieren una

³⁷ Para el acceso a la Escala de Cabos y Guardias, la tacha de discriminación la lleva a cabo la STS (3ª) 24-11-2015 (Rec. Cas. nº 3269/2014), en tanto que para las Escalas Facultativa Superior y Facultativa Técnica se ocupa de ello la STS (3ª) 1-2-2016 (Rec. Cas. nº 969/2013). El fundamento del primer pronunciamiento, por una cuestión de incongruencia omisiva, se encuentra en la Sentencia de la propia Sala 1-2-2016 (Rec. Cas. nº 969/2013), que no termina de convencer, ya que hubiera sido precisa una comparación entre ambas Escalas (recurso al *tertium comparationis*), lo que el TS no hace, en lugar de optar por un planteamiento de pura analogía.

³⁸ De 28-11, v. art. 16 y la DT 8ª, que fija la desaparición definitiva de estas Escalas en 17 de julio de 2017. Su art. 33 deroga el 18.3 RD 597/2002, 28-6, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso en los Centros docentes de formación del Cuerpo de la Guardia Civil.

³⁹ Art. 3.4.

⁴⁰ STS (cont-adm) 30-5-2012, Rec. nº 63/2010.

⁴¹ STSJ Madrid (cont-adm) núm. 532/2012, 10-7, Rec. nº 501/2008.

menor aptitud física y a los que no les resulta aplicable lo argumentado para las Escalas y Cuerpos anteriores (consideración ésta que comparto pero no por los motivos que indica la Sala), lo que hace que decaiga el requisito de edad. Así sucede, en primer lugar, con los Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención⁴² y, en segundo lugar, con el Cuerpo de Sanidad Militar, especialidad fundamental de Medicina, en donde se aplican los mismos argumentos que en el primero⁴³.

La distorsión anunciada procede de SAN núm. 148/2016⁴⁴, que considera justificado el tope de edad para el ingreso directo en la Escala de Suboficiales del Cuerpo de Músicas Militares, alegando la especialidad del Cuerpo, los títulos académicos que se requieren y la imposibilidad de la aplicación analógica de los argumentos que se habían empleado por el TS para las Escalas de Oficiales, precisamente por tratarse de distintas Escalas. No me resulta convincente el fallo de la AN. La cuestión, de este modo, no queda definitivamente cerrada.

⁴² STS (3ª) 9-5-2014, Rec. nº 529/2012: *“tratándose de Cuerpos cuyos cometidos no requieren una especial forma física, el importante obstáculo que para su acceso significan tales límites de edad exige una explicación muy intensa...”; “lo primero que debe ponerse de manifiesto es que los precedentes jurisprudenciales existentes sobre la validez de otros límites de edad no resultan trasladables al actual caso litigioso. No es aplicable el de la Sentencia de 30 de mayo de 2012 porque el discutido límite legal...ya estaba directamente establecido en una norma con rango legal. Y es bien sabido que la libertad de configuración normativa que corresponde a las leyes es muchísimo más amplia que la que corresponde al reglamento, y son también muy diferentes las exigencias profesionales y necesidades públicas que en orden a establecer la estructuración de la carrera han de ser ponderadas, de un lado, en las escalas de Tropa y Marinería y, de otro, en esos Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención a los que está referido el actual litigio. Y tampoco lo es el de la Sentencia de 4 de abril de 2011 porque son también muy diferentes las necesidades públicas concernidas en el caso por ella enjuiciado, referido al acceso de quienes son ya Suboficiales a las escalas de Oficiales, frente al que ahora se enjuicia, pues éste versa sobre el acceso a esos específicos Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención, cuyas singulares funciones hace que no sean directamente extensibles los criterios de estructuración establecidos para otros Cuerpos Militares que son muy diferentes en cuanto a los cometidos profesionales que tienen atribuidos”* (ambos en FD 6º). No he citado la STS (3ª) 4-4-2011, Rec. nº 129/2010, por tratar un supuesto de promoción interna y no de ingreso directo. No obstante, los argumentos que emplea este pronunciamiento son recogidos por los que sí he mencionado, comenzando por la STS (3ª) 30-5-2012.

⁴³ STS (3ª) 6-5-2015, Rec. nº 474/2013.

⁴⁴ Cont-adm, 9-3, Rec. nº 162/2015.

3.2.2. Presunción de incapacidad para el desempeño del cargo/puesto a partir de cierta edad

Suele decaer por el hecho de que no se impide permanecer en el puesto a quienes comenzaron a una edad más temprana que la edad máxima fijada para el acceso o inicio. Está presente en la STC 29/2012⁴⁵, en relación con la limitación de edad para la movilidad de ascenso de policías locales en Andalucía, ya mencionada. Y es lo que realmente ocurre en la STC 63/2011⁴⁶ en relación con la Ley castellano-manchega de ordenación del servicio farmacéutico en dicha Comunidad Autónoma, que venía a prohibir a los mayores de 65 años la capacidad de concursar para obtener la adjudicación de una farmacia⁴⁷. Pese a ser la incapacidad el fundamento principal de la medida, al que se añaden otros por la Letrada de la Junta de Castilla-La Mancha (el acceso a la titularidad de oficina propia de personas jóvenes y de mediana edad), la Sala evita centrarse en él y rechaza los restantes motivos alegados por la Junta por insuficientes, tanto desde la perspectiva de la discriminación negativa, consistente en el argumento de dificultad de adaptación del farmacéutico de elevada edad al municipio (no está suficientemente contrastado –dirá la Sala–, aparte del hecho de que puede resultar posible que el farmacéutico ya se encuentre trabajando en una farmacia del municipio, si bien con categoría diversa de la de titular), como positiva, al entender que el objetivo de favorecer a los farmacéuticos jóvenes y de mediana edad se intenta alcanzar de un modo desproporcionado, que no justifica la discriminación, pues el precepto se dirige a un colectivo excesivamente

⁴⁵ De 1-3.

⁴⁶ De 16-5.

⁴⁷ Aunque soy consciente de que los farmacéuticos titulares de farmacia constituyen una figura peculiar, en cuanto que no son encuadrables en las categorías de trabajadores por cuenta ajena, propia (su trabajo está enormemente condicionado por la intervención administrativa, no sólo en su objeto sino en su presencia en el local de trabajo) ni en la de empleados públicos, me ha parecido interesante su mención por no dilucidar el TC propiamente un caso evidente de jubilación forzosa (el retiro en esta profesión se determina por la caducidad de la autorización farmacéutica, que se hace por Ley autonómica y que se fija en los 70 años) y porque hace reflexionar sobre aspectos colaterales de discriminación positiva: particularmente, sobre si podría defenderse la no discriminación en el caso de que se hubiera limitado el acceso a la titularidad de una farmacia a quienes, por ejemplo, no superaran los 50 años de edad. Yo creo que sí, pero hubiera sido preciso una argumentación detenida de la Ley en pro de favorecer el empleo en el sector farmacéutico de jóvenes y de personas de mediana edad.

amplio (farmacéuticos hasta los 65 años) y además omite limitar a quien ya es titular de una farmacia el acceso a otra.

3.2.3. Edad *versus* pruebas físicas y médicas

La opción entre ligar la edad a determinada capacidad física y psíquica o establecer como alternativa la superación de pruebas específicas constituye uno de los aspectos más complejos de la cuestión que se está analizando. Cabe decir que se ha producido una evolución hacia la segunda posibilidad, si bien sobre bases un tanto frágiles. La jurisprudencia comunitaria ha desempeñado aquí una función de máxima importancia.

El TJUE admitió en el Asunto Wolf⁴⁸ la virtualidad de la edad como indicador de capacidad física en relación con la profesión de bombero, asumiendo la Sala un informe del Gobierno alemán que acreditaba que, más allá de los 45 años, la capacidad respiratoria, la musculatura y la resistencia disminuían; de ahí concluyó que los 30 años era una edad adecuada para que, al menos, el bombero pudiera estar en óptimas condiciones físicas durante un periodo de tiempo suficiente (15 años). Se combinaban, de este modo, los criterios edad-capacidad física y permanencia en el puesto durante un tiempo suficiente, y se rechazaba la tutela antidiscriminatoria por edad que se demandaba en relación con la Ley de un länd alemán⁴⁹. En el ámbito de nuestro derecho interno se produjo un pronunciamiento, posterior al Asunto Wolf, que admitió el tope de edad máxima para acceder a un puesto de bombero-conductor⁵⁰,

⁴⁸ C-229/08, 12-1-2010.

⁴⁹ Una crítica a este pronunciamiento en CABEZA PEREIRO, J., *op. cit.*, p. 245; TAPIA HERMIDA, A., “La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo (Comentario a las SSTSJUE Seda, Wolf y Petersen)”, *Revista del Centro de Estudios Financieros Trabajo y Seguridad Social*, n.º 326/2010, pp. 110-111; MEYER-HEINE, A., *op. cit.*, p. 21; MICHÉA, F., “Le traitement judiciaire du critère discriminatoire de l’âge”, *Droit Social*, n.º 11/2010, p. 1066, quien, aceptando la solución de fondo de la Sentencia, considera la facilidad que pueden tener los empleadores franceses a la hora de exigirla como requisito profesional esencial, pues, a diferencia de la discriminación por razón de sexo, la legislación francesa carece de un listado de actividades en las cuales se podría exigir tal requisito. De ahí que, finalmente, proponga que “la evaluación de las capacidades psíquicas o intelectuales de los trabajadores se debería hacer con carácter individual, y no a partir de informes tan generales”.

⁵⁰ STSJ Madrid (cont-adm) núm. 1221/2011, 7-3, Rec. n.º 690/2006: “atendidas las funciones concretas del puesto de trabajo de bombero-conductor, al que se le ha impuesto el límite de los 35 años de edad para poder acceder al proceso selectivo, se considera que este límite no es (...)”

entendiendo que edad y capacidad física estaban relacionadas. Se rechazó, por tanto, el argumento que esgrimía la recurrente, que tenía también su interés, y que era éste: las actuales circunstancias económicas y laborales retrasan la incorporación al mercado de trabajo de los ciudadanos y de los jóvenes después de acabar sus largos periodos de formación⁵¹. No se hacía referencia al Asunto comunitario señalado y muy probablemente se podría haber considerado que la Administración no justificaba de modo suficiente la edad fijada⁵² y, por tanto, haber considerado la edad como una condición discriminatoria.

Cinco años más tarde, el Asunto Vital Pérez⁵³ se separa del criterio señalado, negando que la edad pueda ser indicio seguro de capacidad física, máxime teniendo en cuenta que las pruebas de acceso al Cuerpo de Agentes de Policía Local del Ayuntamiento de Oviedo⁵⁴ contienen

arbitrario ni injustificado. En efecto, las funciones son eminentemente operativas y en ocasiones arriesgadas y penosas, lo que requiere determinadas aptitudes psicofísicas en sus titulares, *que naturalmente se van perdiendo con la edad* o por determinadas circunstancias” (FD 5º, cursiva mía).

⁵¹ FD 4º.

⁵² Tal falta de debida justificación lo indica la propia sentencia, siquiera sutilmente: “*Es posible que la Corporación local demandada no haya cumplido con la obligación de probar que la edad inferior a 35 años sea un requisito esencial y determinante para el ejercicio de dichas funciones, como exige la Ley 62/2003... pero sin embargo resulta de sentido común que a tal profesión no debe accederse con cualquier edad, criterio que es corroborado con las diversas convocatorias de otras oposiciones y profesiones parecidas (policía local, policía nacional, guardia civil...); debiéndose reconocer por este Tribunal que no se puede calificar de arbitraria la edad escogida de 35 años por el municipio de Fuenlabrada, cuando en esos cuerpos indicados se fija normalmente la de 30 años*” (FD 5º).

⁵³ C-416/13, 13-11-2014. El eco de este Asunto ha sido escaso en la doctrina comparada, pese a la importancia que considero tiene.

⁵⁴ Se cuestionaba el Acuerdo de convocatoria de concurso de plazas de dicho Ayuntamiento, que no hacía sino seguir lo previsto por el art. 32.b) Ley del Principado de Asturias 2/2007, 23-3, de Coordinación de las Policías Locales. Desde el punto de vista constitucional, hay que tener en cuenta que cualquier Juez español puede dejar de aplicar un artículo de una Ley, no ya de un Reglamento, si la jurisprudencia comunitaria lo considera incompatible con lo dispuesto en los Tratados y normativa de la Unión. Así lo indicó la STJCE 9 de marzo de 1978 (segunda sentencia del caso Simmenthal): “*el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional*”. Es lo que se conoce como “control de comunitariedad”, no siendo necesaria la interposición de la cuestión de constitucionalidad ante el TC español (tomo lo explicación de otra Sentencia que resolvió un problema similar en la CA gallega: STSJ (cont-adm) Galicia núm. 681/2014, 26-11, Rec. nº 252/2014, FD 5º; además, la STC 28/1991, 14-2, FJ 6º, se pronunció en este mismo sentido. En la doctrina, v. TAPIA HERMIDA, A., *op. cit.*, quien parece oponerse a este criterio, pp. 122-126). Todo esto puede (...)

pruebas físicas y psíquicas, cuya superación o no servirá para acreditar si el solicitante reúne los requisitos exigidos para tal puesto. La respuesta de la Sala Comunitaria en esta última sentencia es algo ambigua, ya que parece influida fundamentalmente por la opinión del Juzgado que plantea la cuestión, que lo considera un requisito discriminatorio, además de por el hecho de que el Gobierno español había suprimido el requisito de edad máxima para el acceso a la función de Agente de la Policía Nacional, cuyas misiones “*son parecidas a las asignadas a la Policía Local*”. El pronunciamiento en el Asunto Vital Pérez hace un esfuerzo por desmarcarse del Asunto Wolf y termina, pobremente, alegando que no consta ningún informe científico que demuestre que en el caso de los Policías Locales se dé esa clara vinculación entre edad y capacidad.

Algunas precisiones a lo sostenido por esta Sentencia son necesarias. En concreto, al hecho de fundamentar su decisión en la eliminación por parte del Gobierno de la edad máxima para concurrir a plazas de Policía Nacional. Hay que decir que, en realidad, no fue el Gobierno el sujeto originario de dicha eliminación sino la STS (3^a) 21-3-2011⁵⁵ cuando consideró discriminatoria la edad máxima indicada para concursar a una plaza en la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía. Pero lo hizo porque el art. 7 RD 614/1995⁵⁶ trataba de manera desigual el acceso a dichas plazas según éste se produjera por promoción interna (sin edad máxima), por oposición libre siendo ya funcionario del Cuerpo Nacional de Policía (edad máxima: 35 años) o por oposición libre no siendo funcionario de dicho Cuerpo (edad máxima: 30 años). Realmente, el pronunciamiento no analizó la cuestión de si era o no discriminatorio fijar una edad máxima por razones de capacidad física y psíquica, sino que se ciñó a afirmar que no quedaba justificado el que esa edad existiera o fuera diversa según la situación de

conllevar problemas de seguridad jurídica. Desconozco la situación final del proceso Vital Pérez en nuestro país y si se ha dictado ya Sentencia al respecto, pero sí he comprobado que el art. 32.b) Ley del Principado mantiene todavía el requisito de edad máxima y alguna asociación de Policías Locales sigue refiriéndose, en la información general que da para el concurso de plazas de Agentes, a la edad máxima establecida por la Ley autonómica respectiva.

⁵⁵ Rec. n.º 184/2008.

⁵⁶ De 21-4, por el que se aprueba el Reglamento de los procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía (BOE núm. 118, 18-5-2015).

origen del candidato. La Sentencia declaró la nulidad del precepto mencionado⁵⁷.

Más se hubieran ajustado al criterio comunitario ahora seguido las SSTS (3ª) 31-1-2006 y 28-6-2006, que consideraron discriminatorio el establecimiento de una edad máxima (40 años) para acceder al puesto de Inspector del Cuerpo de Mossos d'Esquadra, por entender que ese objetivo se alcanzaba con las pruebas físicas y médicas previstas en el concurso de acceso⁵⁸.

Pues bien, los pronunciamientos Vital Pérez y los dos del TS sientan jurisprudencia, de manera que el criterio de la capacidad física o psíquica se desvincula de edad alguna⁵⁹. No obstante, esa desvinculación permite cierta crítica: en primer lugar, la edad como tope de acceso a determinados Cuerpos relacionados con la seguridad puede responder no sólo a un criterio claro de mayor vigor para hacer frente a actividades de peligro, sino también a aquellos otros aspectos que acompañan a la

⁵⁷ Este pronunciamiento fue confirmado por otra sentencia de la misma Sala y de igual fecha, resolviendo el rec. n.º 626/2009, creándose así jurisprudencia consolidada. La Sala mantendría el criterio en sentencias posteriores: dos de fecha 17-10-2011, Recs. n.ºs 4018/2008 y 6393/2008, respectivamente; 16-12-2011, Rec. n.º 158/2010; 17-1-2012, Rec. n.º 5372/2010; 18-4-2012, Rec. n.º 3485/2011; 16-5-2012, Rec. n.º 3158/2011; y 14-12-2012, Rec. n.º 5837/2010.

⁵⁸ Rec. casac. n.º 2202/2000 y RJ 2006\3764, respectivamente, que confirmaron en este punto lo establecido por las SSTSJ Cataluña (contencioso-administrativo) núms. 1154/1999, 20-12, y 926/1999, 28-10, respectivamente. No seguiría esta jurisprudencia la STSJ País Vasco (cont-adm) núm. 627/2008, 6-10, Rec. n.º 276/2000, en relación el tope de edad para el ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertaintza, que considera tal puesto diverso del anterior, requiriendo funciones operativas o ejecutivas: *“Es claro que tener en el momento en que lo exige la convocatoria más o menos 32 años no acredita por sí mismo que el aspirante posea o no las condiciones adecuadas para el adecuado desempeño de las funciones propias de la categoría. Para ello están las pruebas físicas, psicotécnicas y los certificados sanitarios... Pero no es esa la cuestión, ya que lo que justifica el límite de edad, según argumenta la Administración demandada, es la necesidad de mantener la estabilidad de la plantilla en el tiempo aprovechando los mejores años de los policías, teniendo en cuenta que la pérdida de tales condiciones con la edad es inherente a la condición humana, y ello teniendo en cuenta que, precisamente por las exigencias psicofísicas de las funciones propias de la Escala Básica (funciones ejecutivas), la propia LPPV contempla el pase a dichos funcionarios a la llamada segunda actividad al sobrevenirle la pérdida de facultades necesarias y en cualquier caso al alcanzar una edad (arts. 85 y 86), aun cuando pese al tiempo transcurrido el legislador vasco no la haya fijado hasta la fecha”*. Estamos, pues, ante la combinación de los criterios de permanencia en el puesto y capacidad física, aunque éste quede colocado en un segundo lugar.

⁵⁹ V. en relación con la Policía Local: SSTSJ (cont-adm) Galicia núm. 681/2014, 26-11, Rec. n.º 252/2014 y núm. 112/2015, 25-2, Rec. n.º 113/2014; así como S. Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander núm. 46/2015, 11-3 (RJCA 2015\474).

juventud y que ya han sido mencionados: mayor facilidad para la asimilación de conocimientos, la disciplina y la obediencia; flexibilidad para adaptarse a nuevas circunstancias y cambios de planes; menor necesidad de comodidades; trabajo en equipo con otras personas de edades próximas, etc. En segundo lugar, deberá arbitrarse un sistema de reconocimiento médico obligatorio anual, con el mayor gasto que esto supone y el control más incisivo sobre el funcionario. Por último, es cierto que las pruebas médicas ofrecen una imagen de la capacidad física del candidato, pero también lo es que esa imagen favorable deberá permanecer durante un número no breve de años: no se trata sólo de ser capaz “ahora” sino de que, según el criterio médico común, poder continuar realizando actividades de especial dureza durante un periodo de tiempo suficiente para que la Administración no se vea obligada a apartar del servicio, en poco tiempo, a los recién ingresados, ni tenga tampoco que asumir la responsabilidad de sobreesfuerzos con riesgo para la salud de quienes los realicen⁶⁰.

4. LA EDAD MÁXIMA COMO CRITERIO DE DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PRIVADO

4.1. Legislación aplicable y peculiaridad de este sector

La cuestión del empleo del criterio de la edad en el ámbito privado presenta, a mi juicio, particularidades respecto del sector público, pues ahora está presente también la libertad de empresa; es decir, el derecho del empresario a decidir a quién quiere sumar a su proyecto empresarial. Lógicamente, el ejercicio de tal derecho no debe conculcar la dignidad de los trabajadores ni “cosificarlos”, pero lo anterior no impide que pueda tener cierto margen a la hora de proceder a la selección de trabajadores.

En el marco de los artículos constitucionales 14, 35 y 38 deben leerse los preceptos 4.1,a), 4.2,c) y 17 ET, así como el 16.1.c) RD Legislativo 5/2000 LISOS. Lógicamente, ha de considerarse igualmente la Ley

⁶⁰ Entendiendo que la Sentencia considera sobre todo que las funciones de los Policías Locales son menos severas en cuanto a requisitos físicos que la de los bomberos, y defendiendo una edad máxima para las que requieran mayor esfuerzo, normalmente en el primer periodo de desempeño de la función, FUENTETAJA PASTOR, J. A., *op. cit.*, p. 15.

62/2003. En una primera aproximación, el texto de los artículos estatutarios parece adecuado. La Ley, como ya se adelantó, realiza una transposición de la Directiva insuficiente. Por otro lado, algunas cuestiones que se plantearon en los primeros años ochenta, como la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a las relaciones entre privados o si el artículo 17 ET resultaba aplicable a los actos preliminares a la firma del contrato de trabajo, han sido superadas, tanto por la claridad con que se expresan la Directiva y la Ley, como por la interpretación sistemática del art. 17 ET⁶¹.

En cambio, el precepto de la LISOS que niega al empresario el conocimiento de la edad de los candidatos parece excesivo. Si además tenemos presente el grave problema del desempleo que padecemos, de carácter *cuasi* genético y de irresoluble solución definitiva, se entenderá que, para que el empresario pueda beneficiarse de las políticas activas de empleo, la edad deviene un dato imprescindible. Algunas empresas de recursos humanos se ven obligadas a deducir la edad a partir de preguntas relativas al momento de iniciación de los estudios o de finalización de los mismos⁶².

Dicho esto, veamos el panorama jurisprudencial que presenta este sector, que ya adelanto no será plenamente concluyente porque el

⁶¹ Sobre la cuestión de la aplicación del art. 17 ET *inter privados*: v. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "Comentario al art. 17.1 ET", en BORRAJO DACRUZ, E. (DTOR.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV (arts. 14-18), Edit. Rev. de Derecho Privado y EDERSA, Madrid 1983, pp. 334-338; más extensamente, el mismo autor y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Edit. Tecnos, Madrid 1986, pp. 260-277; y MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Edit. CEDECS (Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales), Barcelona 1998, pp. 118-119. Sobre la extensión del art. 17 a los momentos previos a la celebración del contrato: RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., "Comentario al art. 17.1 ET", *cit.*, p. 326; QUESADA SEGURA, R., "Comentario al art. 17 ET", en MONEREO PÉREZ, J. L. (DTOR.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Edit. Comares, Albolote (Granada) 1998, p. 279; MONTOYA MELGAR, A., "Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales", en VVAA (MONTOYA MELGAR, A., *et alii*), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Edit. Thomson-Aranzadi, 7ª edic., Cizur Menor (Navarra) 2007, p. 142; y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Comentario al art. 17 ET", en De La VILLA GIL, L. E. (DTOR.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Edit. Iustel, Madrid 2011, p. 391.

⁶² Como dato curioso, algún autor apunta que la edad puede ser deducida del lenguaje empleado por el candidato en la entrevista (cfr. MCCANN, R. M., *La discriminación laboral por razones de edad*, Edit. UOC, 2013, p. 67, versión española on-line).

número de pronunciamientos correspondientes al TS y a los TSJ de CCAA, a diferencia de lo que sucede en el ámbito público, es notablemente más reducido.

4.2. Los criterios utilizados para justificar o rechazar por discriminatorio un tope máximo de edad

4.2.1. La peligrosidad o las exigencias de diverso tipo en las funciones a realizar

En un pronunciamiento de 1997, el TSJ Islas Baleares⁶³ consideró que la exigencia de una edad máxima para el acceso a una plaza de estibador portuario no resultaba inicialmente discriminatoria, al existir circunstancias objetivas y razonables concretadas en el hecho de que se trataba de una actividad penosa y con cierta peligrosidad, lo que quedaba además probado al estar legalmente prevista como una de las actividades con bonificación por edad a efectos de la prestación de jubilación. No obstante, falló en contra de la Sociedad, pues se daban dos factores que impedían su consideración: a) que la comisión interna que debía decidir quiénes serían los trabajadores a contratar había introducido este criterio como elemento nuevo en la baremación de los candidatos; y b) que, al tratarse de un puesto de trabajo para el que se pedía experiencia, no procedía topar la edad de admisión⁶⁴. Ciertamente, no deja de ser un pronunciamiento hasta cierto punto contradictorio, pero sirve para poner de relieve que los criterios son difícilmente extrapolables de un caso a otro, que van a necesitar matizaciones y que algunos de ellos difícilmente son aceptables por discriminatorios *per se*. En este caso, se hace uso de dos criterios al uso: la peligrosidad de la actividad y la experiencia previa. Pero ambos presentan sus dificultades: se puede alegar la peligrosidad siempre y cuando, de existir otros puestos de trabajo que carezcan de ella, la oferta se constriña a los que la presentan, o cuando, a partir de la edad máxima que se fija en la oferta, el contrato resulte extinto (lo que no tengo conocimiento que se dé en la práctica). De lo contrario, el criterio “edad” resultaría discriminatorio. En cuanto a la exigencia de contar con una experiencia previa, resulta muy poco compatible con una edad máxima; lo más frecuente es el uso inverso: se

⁶³ Sentencia núm. 259/1997, 23-6 (AS 1997\2403).

⁶⁴ FD 2º.

exige una experiencia previa y así se impide al acceso a trabajadores menores de cierta edad. Estaríamos ante un supuesto de discriminación indirecta que precisaría de la adecuada justificación.

Ya iniciado el año 2000 encontramos dos pronunciamientos de Salas autonómicas bastante similares en su objeto, pero con fallos completamente opuestos. En los dos las empresas realizan una oferta de empleo mediante anuncio con topes de edad –mínima y máxima–, lo que justifican en exigencias especiales de sendos puestos –dinamismo en el trato con los clientes en un caso y madurez personal y profesional en el otro–; y, en ambos, son sancionadas por las Consejerías de Empleo respectivas, a partir de actas de infracción emitidas por la Inspección de Trabajo.

Pues bien, la Sala madrileña⁶⁵ va a levantar la sanción a la empresa porque considera, en interpretación errónea a mi juicio, que el artículo en que se basa el acta de infracción sólo contempla las discriminaciones por edad que se produzcan una vez vigente el contrato de trabajo⁶⁶. Es más, niega que el precepto de la LISOS que expresamente considera la discriminación en las ofertas publicitarias de empleo –que no cita el acta– mencione como motivo expreso la edad, por lo que –concluye– la sanción debe ser anulada. Dos son los errores reseñables: en primer lugar, entender que el art. 96.12 no resultaba aplicable a los actos preliminares del contrato: hubiera bastado establecer la correspondencia de esta infracción con los arts. 4.2.c) y 17.1 ET, teniendo a la vez presente el art. 14.2 CE y la interpretación hecha del mismo por el TC para haberlo considerado aplicable; y, en segundo lugar, desconocer que el art. 28.2 LISOS había sido reformado por el art. 22.Cuatro de la Ley 11/1994, que había introducido la edad entre los motivos que podían dar

⁶⁵ STSJ Madrid núm. 112/2004, 23-1, Rec. nº 996/2001. De este modo, consideraba discriminatorio exigir una edad entre 20 y 45 años para un puesto de “teleprocesador”, que sólo tenía contacto telefónico con los clientes.

⁶⁶ Art. 96.12 ET (por error, citado como 97.12), versión vigente a partir de 1-1-1999 y aplicable a los hechos que acaecen el 23-5-1999 (v. FD 2º).

lugar a discriminación desfavorable en el acceso al empleo⁶⁷. La Sala yerra y el Fallo no se recurre, quedando la empresa exonerada.

Por su parte, la Sala catalana va a mantener la sanción, al considerar discriminatorio por edad un anuncio publicado el 27 de febrero de 2000 en el que se establecía como requisito tener entre 35 y 45 años, ya que *“si bien podría aceptarse que la experiencia se puede considerar adquirida a partir de una cierta edad, ésta no se puede hacer exclusiva dentro de dicha franja de edad”*. La empresa había alegado que el lugar de trabajo a cubrir era de máxima responsabilidad, siendo necesaria una alta madurez personal, estabilidad emocional y trayectoria profesional. A mí no me resulta totalmente convincente el argumento de la Sala: creo que se podría haber dejado un margen de autonomía a la empresa, en el marco del art. 38 CE, y haber aceptado la preferencia del criterio “edad”, considerándolo compatible con el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE. Lo que desde luego no hace la Sala catalana, a diferencia de la madrileña, es adoptar una interpretación restrictiva errónea del art. 17 ET, aparte de utilizar la versión correcta del 28.2 LISOS.

4.2.2. El rejuvenecimiento de la plantilla

Dos han sido los pronunciamientos judiciales que han considerado válido este criterio empresarial: uno del TS y otro del TSJ País Vasco⁶⁸.

Por orden cronológico, el primero es el del TS, que resuelve un caso acaecido en fecha anterior a la aprobación de la Directiva 2000/78. Se

⁶⁷ “...aunque los hechos reseñados en el Acta se hubieran incardinado en el artículo 28.2 de la Ley 8/1988, tratándose de una discriminación por razón de edad en una demanda de trabajo que aquel realiza por medio de un periódico, y no figurando en el precepto que tipifica las conductas discriminatorias antes de iniciada la relación de trabajo (según la Sala, sólo el 28.2 LISOS) la consistente en la discriminación por edad, la conducta del empresario sería en cualquier caso atípica (!?). Refuerza la anterior conclusión el hecho de que la nueva Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto...castiga en su artículo 16.2 las mismas conductas del empresario en la fase anterior al contrato de trabajo, en la búsqueda de trabajadores, que las fijadas por el artículo 28.2 transcrito, pero añadiendo a los motivos de discriminación que figuraban en este último precepto, los de edad, estado civil y lengua, lo que demuestra bien a las claras que el legislador era consciente de que la discriminación por razón de edad en la fase de demanda de trabajadores por medio de la publicidad u otros medios, era atípica antes de la aprobación del Real Decreto Legislativo 5/2000” (FD 4º; cursivas y paréntesis: míos).

⁶⁸ STS 27-12-1999, Rec. n.º 1959/1999, y STSJ País Vasco 10-9-2002, Rec. n.º 1522/2002.

trataba de un proceso de selección del personal de tripulación de cabina de pasajeros para necesidades temporales de la empresa Iberia. La oferta de empleo topaba la edad de acceso fijándola en 25 años, aparte de otros requisitos. El Alto Tribunal resuelve un recurso de casación que se había planteado contra la SAN 24-3-1999⁶⁹, que había considerado justificado el tope de edad desde la perspectiva de la carrera profesional de tripulante o auxiliar de cabina, considerando adecuada la franja 18-25 años para el inicio de dicha actividad⁷⁰. Resultan muy interesantes las consideraciones previas que la SAN hace en relación con la diferente utilización de la condición “edad” en el empleo público y en el sector privado, que comparto. Se señala que la cuestión se enmarca en diversos preceptos constitucionales: para el empleo público en los arts. 103.2 (principios de mérito y capacidad) y 9.2 (promoción de libertad e igualdad de los individuos) CE –a los que se podría añadir el 9.3 (prohibición de arbitrariedad de la Administración) y 23.2 (acceso igual a funciones y cargos públicos)– en tanto que para el empleo privado se basa en el art. 38 CE, lo que lleva a la Sala a la siguiente conclusión: *“De estos dos principios se deduce que el acceso a los puestos de trabajo de la empresa privada no están sujetos al corsé del rigorismo de la total imparcialidad que debe presidir la actuación de la Administración...La empresa privada, cuyo fin esencial es el beneficio económico a través de los clientes y en competencia con otras para ganar más que ellos, suele trazar un perfil determinado para cada puesto de trabajo en el que se introducen características de edad, o físicas, o de imagen, aparte de las de competencia, que coadyuven al logro del tipo de empleado que se requiere, prestando especial atención a los trabajadores que deben atender a los clientes lo que puede redundar en la imagen de la compañía, y en un incremento del beneficio”*; lo que, aplicado al caso de la tripulación de la cabina, le lleva a afirmar que *“no puede ser este perfil idéntico al que se requiere para los que manejan los equipajes, por ejemplo, o al de los pilotos”*⁷¹. De este modo, considera el tope de edad adecuado porque la compañía está siguiendo el planteamiento normal de toda empresa: inicio en un momento de edad joven con el objetivo de permanencia en el puesto, formándose así un grupo de trabajadores que serán quienes sustituyan a quienes se vayan jubilando o pasen a otras situaciones (baja indemnizada o actividad como personal de tierra).

⁶⁹ Núm. 31/1999, 24-3 (AS 1999\1179).

⁷⁰ FD 5º.

⁷¹ FD 4º.

Por su parte, el TS va a centrar su argumentación para rechazar la conducta discriminatoria en la licitud de la decisión empresarial de querer rejuvenecer la plantilla, si se tiene en cuenta que la media de edad de la misma –combinando fijos y eventuales– es de 40,1 años. Además, considera relevante otro argumento, como el hecho de que este personal realiza una actividad “*que requiere notoriamente unas condiciones psico-físicas especiales, dada la singular naturaleza de la actividad aérea, derivada del medio y condiciones en que se lleva a cabo*”, lo que se materializa en “*desplazamientos, los cambios horarios, la atención al pasaje en todas sus facetas, incluso las que se refieren a situaciones de emergencia o catástrofe*”; todo ello –añade la Sala– se pone igualmente de manifiesto en el convenio colectivo aplicable, que, “*consciente de esas particularidades que acortan la vida laboral del trabajador, establece...las condiciones de cese optativo en vuelo de los tripulantes de cabina de pasajeros, en las que se contempla la posibilidad de que con 15 años de servicio al cumplir los 40 años de edad, causen baja indemnizada en la empresa o pasen a prestar servicios en tierra*”⁷².

La crítica a la STS fue clara y contundente por parte de la doctrina, básicamente concretada en un análisis de los distintos argumentos empleados por la Sala, añadiendo además que se trataba de plazas para necesidades temporales, lo que hacía que la exigencia de edad máxima estuviera totalmente injustificada pues, “*justamente, en esos momentos, lo que se precisa es alguien en plenitud de capacidades para el desempeño inmediato del puesto y no alguien que, estando dentro del limitado arco de edad fijado, seguramente carezca de experiencia práctica*”; aparte de que no se había justificado adecuadamente la relación funciones-edad y concretamente los 25 años como edad máxima, así como la consideración de que la “imagen” como motivo de justificación promovía (y promueve) modelos sociales agresivos⁷³.

Admitiendo que la crítica está bien construida, mi opinión sigue vacilante y más inclinada a conceder a la empresa el margen de discrecionalidad. El análisis requiere partir de que en 1999 las edades habituales de acceso al primer empleo estaban en el arco señalado por la empresa; hoy día, ciertamente, los 25 años sería una edad excesivamente

⁷² FD 2º.

⁷³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pp. 119-124. En el mismo sentido: ALAMEDA CASTILLO, M. T., *op. cit.*, p. 215.

inferior, como también lo son los 40 años para el pase a lo que en esa empresa constituye la “segunda actividad”. Teniendo esto en cuenta, sería necesario conocer con más detalle el convenio colectivo que resultaba aplicable en aquel momento y que no he podido localizar: en concreto, para dilucidar si se preveía algún tipo de relación entre la lista del personal destinado a necesidades temporales y el que después pasaba a ser fijo de plantilla, que entiendo probable que existiera. Y, por último, la consideración de que una decisión empresarial de este tipo debe analizarse desde una perspectiva global: muy probablemente GONZÁLEZ ORTEGA tiene razón en sus críticas hacia cada criterio individualmente considerado, pero, a mi juicio, no se puede prescindir del enfoque de conjunto. La empresa está organizando su tripulación de cabina de pasajeros y está teniendo presentes múltiples factores: la sustitución del personal de edad madura, las funciones que realizan (que ciertamente son duras y exigen una flexibilidad muy amplia en quien las realiza –la relación que la tripulación mantiene con el cliente es de permanente servicio acompañado de amable sonrisa–) y la imagen que el cliente recibe durante el vuelo (que se quiera o no influye y se valora como más o menos grata); de ahí que considerados todos estos aspectos y, como digo, teniendo en cuenta el momento temporal en que los hechos suceden, entiendo que no hay conducta discriminatoria por parte de esta empresa del sector privado; un sector que se rige por unos parámetros no idénticos al del sector público y que no son sólo de imagen: también de edad adecuada para dirigir un colectivo de personas, o que dé seguridad al cliente, o que combine experiencia con la juventud necesaria para dejarse formar en la empresa, etc. Todo ello dependerá del puesto concreto que se esté considerando.

Finalmente, no creo que la Directiva 2000/78 hubiera impedido un fallo como el que se ha visto si tenemos en cuenta que, en general, reconoce que la edad puede ser un “*un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado*”⁷⁴, al tiempo que añade diversas causas que justifican

⁷⁴ Art. 4.1. En contra, aunque absteniéndose de un pronunciamiento definitivo sobre el carácter discriminatorio: MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, Edit. CES, Madrid 2003, p. 248: “La edad de los auxiliares de vuelo no parece imprescindible para realizar correctamente las funciones que les son propias, y es difícil pensar que la seguridad de los pasajeros (que es lo único que podría justificar la consideración de este límite como una prohibición) se ponga en peligro si los trabajadores no (...)”

diferencias de trato por motivos de edad “*si están justificadas objetiva y razonablemente* (lo “objetivo” no debe entenderse en todo caso, a mi juicio, como eliminación total de cierta discrecionalidad del empresario privado, sino como la ausencia de motivos vagos e imprecisos), *en el marco del Derecho nacional por una finalidad legítima*”⁷⁵ (lo que tampoco debe interpretarse como reserva legal, sino como una referencia al ordenamiento nacional en su conjunto, pudiendo encontrarse el fundamento en la libertad de empresa del art. 38 CE).

La STSJ País Vasco, dictada pocos años después que la del TS, se apoya en ésta para no considerar discriminatorio el tope de 35 años como edad máxima para acceder a un puesto de trabajo eventual en una empresa dedicada a la producción de acero, que alega la necesidad de rejuvenecer su plantilla, ya que el 87,8 % del personal es mayor de 40 años y la actividad exige requerimientos físicos importantes. La Sala vasca considera que la respuesta puede ser análoga a la que el TS dio en el caso de la tripulación de cabina de Iberia: no hay discriminación porque, dados los datos de la edad media en la empresa, la decisión empresarial es perfectamente objetiva⁷⁶. No obstante, uno de los magistrados discrepa y emite un voto particular, pues entiende que se ha producido discriminación al establecer el tope para todos los trabajos de la empresa, eventuales o fijos, y que la justificación del rejuvenecimiento no se puede plantear de una manera tan radical, que afecte a todos los puestos de la empresa, sino que hay que acotarla y justificarla. Se puede entender justificada –sigue diciendo el voto– en relación con trabajos de

encajan en los enunciados límites de edad”. La misma autora admite las edades máximas en los supuestos de profesiones relacionadas con la seguridad, que requieren especiales condiciones físicas para su desempeño o exigen portar armas de fuego (policía, personal de seguridad privada, etc.): v. *op. cit.*, pp. 246-247. En contra de que la edad pueda convertirse en un requisito de este tipo, “*puesto que no existen propiamente actividades que, por su naturaleza, requieran trabajadores de una edad y no otra*”: BALLESTER PASTOR, M. A., “El tratamiento de la edad en Derecho Comunitario”, *op. cit.*, p. 101.

⁷⁵ Art. 6.1.

⁷⁶ “Aplicando esta doctrina (la de STS 27-12-1999) al caso que nos ocupa, se evidencia que el límite de edad no es discriminatorio al no ser irrazonable, ya que se trata de rejuvenecer una empresa en la que según el hecho probado cuarto hay un porcentaje elevado de mayores de 40 años; tampoco es irrazonable que se pueda aumentar la plantilla en menores de 35 años, si en la actualidad los que llegan a los 35 años es un porcentaje de 7,6 %; la decisión de la empresa es, por tanto, objetiva, sin que se pruebe que desde esa práctica se estuvieran vulnerando otros derechos” (FD 4º; paréntesis mío).

especial exigencia física pero no “para toda la plantilla, incluidos los puestos administrativos y todos aquellos (comerciales, directivos, etc.) que no precisan penosidad o esfuerzo”⁷⁷.

En mi opinión, el voto particular es razonable y reinterpreta el criterio de que “un tope de edad genérico y abstracto no es discriminatorio”. La generalidad aplicativa no es sinónimo de igualdad y, en este caso, una limitación general para todos los puestos de trabajo de la empresa parece excesiva, si bien hubiera sido conveniente conocer el número de empleados totales de la empresa (en el caso de Iberia, la convocatoria sólo se dirigía sólo a la tripulación de cabina de pasajeros o auxiliares de vuelo). Igualmente, y aunque no es objeto de análisis por la Sala, hubiera sido interesante haber descendido a la problemática del trabajador demandante con la empresa para dilucidar si la nueva convocatoria –como parece suceder– pretendía dejar fuera de todo posible reingreso al trabajador, por superar la edad requerida. Estaríamos en tal caso ante un supuesto sutil y peculiar de acoso laboral por razón de edad.

5. TRABAJADORES DE EDAD, DISCRIMINACIÓN POSITIVA Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

La discriminación positiva por razón de edad está permitida por la Directiva 2000/78, que se refiere a ella en varios de sus preceptos. En el derecho laboral español la cuestión no es nueva: dos Decretos, uno de 1966 y otro de 1970, se referían al empleo de los trabajadores de edad madura⁷⁸. Sin intención de detenerme en este aspecto, que es abordado en el Capítulo de esta obra dedicado a las políticas activas de empleo, sí quería mencionar la conocida STJUE Mangold⁷⁹, cuyo pronunciamiento deja claro que la cuestión no es tan sencilla como a primera vista pudiera parecer.

⁷⁷ VP, FD 4º.

⁷⁸ Decretos 2431/1966, 13-8 (BOE núm. 233, 29-9) y 1293/1970, 30-4 (BOE núm. 110, 8-5-1970). Sobre su contenido: v. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., “Comentario al artículo 17.3 ET”, en BORRAJO DACRUZ, E. (DTOR.), *op. cit.*, pp. 481-483.

⁷⁹ De 22-11-2005, Asunto C-144/04. La relevancia de esta sentencia ha sido particularmente intensa en la doctrina iuslaboralista europea, al sostener en su argumentación la existencia de un principio de prohibición de discriminación por razón de edad que emanaría directamente del Derecho Comunitario y no, por tanto, de la Directiva 2000/78, lo que permitiría su aplicación en un Estado miembro que todavía no hubiera llevado a cabo la transposición de ésta, como era (...)

El caso afectaba a Alemania. El Sr. Mangold, de 56 años de edad, celebró un contrato de duración determinada, que se regía por una ley que, adaptándose a las exigencias del derecho comunitario (Acuerdo Marco comunitario entre Sindicatos y Confederaciones Empresariales sobre el trabajo de duración determinada, aplicado mediante la Directiva 1999/70), requería justificación para el encadenamiento de contratos temporales (necesidades empresariales, sustitución temporal de otro trabajador, actividades de formación o estudio del trabajador, etc.). El Sr. Mangold entendía que la ley alemana no respetaba la Directiva 2000/78 porque permitía celebrar contratos temporales sin justificación —y encadenar unos con otros sin tope máximo— si el trabajador tenía más de 52 años. El Gobierno alemán consideraba esta excepción como una medida de discriminación positiva en favor de los trabajadores de edad madura, en tanto que el demandante consideraba que le discriminaba desfavorablemente respecto de los trabajadores con menos de 52 años, pues permitía al empresario hacerles a los primeros un contrato de trabajo temporal en lugar de otro indefinido.

Pues bien, la Sala no consideró que permitir la contratación temporal acausal de trabajadores de edad por razones de empleo, dada la dificultad que tenían para encontrar otro puesto de trabajo (argumento del Gobierno alemán), se opusiera a la Directiva 2000/78, pues se trataba de una medida justificada objetiva y razonablemente. Pero, en cambio, no aceptó que los medios fueran “adecuados y necesarios”; es decir, la discriminación por edad no resultaba proporcionada, por existir medidas alternativas que lesionaban menos los derechos de los trabajadores. Lo dijo así: *“la aplicación de una normativa nacional como la controvertida...da lugar a una situación en la que todos los trabajadores mayores de 52 años, independientemente de que se encontraran desempleados inmediatamente antes de celebrar el contrato y cualquiera que hubiera sido la duración del eventual periodo de*

el caso de Alemania. Igualmente se subraya el denominado efecto horizontal o *inter privatos* de dicha Directiva. Cfr.: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., “Las causas de la discriminación...”, *op. cit.*, pp. 48-49; MUIR, E., “Enhancing the effects of Community law on national employment policies: the Mangold case”, *European Law Review*, vol. 31/2006, pp. 879-891; DIAMANTI, R., “Reiterazione di contratti a termine in ragione dell’età e Diritto Comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n° 2/2012, pp. 545-550; PLATON, S., “L’invocabilité horizontale des normes de droit de l’Union européenne: un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière”, *Revue de l’Union Européenne*, n° 584/2015, pp. 37-39.

*desempleo, podían celebrar, hasta el momento en el que pudieran reclamar el abono de una pensión de jubilación, contratos laborales de duración determinada que pueden ser prorrogados un número indefinido de veces. Este nutrido grupo de trabajadores, determinado exclusivamente en función de edad, corre el riesgo de quedar excluido, durante gran parte de su carrera profesional, del beneficio de la estabilidad del empleo, que, sin embargo y como se deduce del Acuerdo Marco, constituye un factor importante para la protección de los trabajadores*⁸⁰.

En mi opinión, el pronunciamiento de la Sala fue excesivamente severo, teniendo en cuenta, como apuntaba el Gobierno alemán y se reflejaba en las Conclusiones del Abogado General, que la probabilidad de un desempleado mayor de 50 años de encontrar un nuevo empleo era, aproximadamente, de un 25 %⁸¹.

En cuanto a la discriminación indirecta, conviene partir del Informe OIT sobre Igualdad en el Trabajo de 2011 que indica que *“con objeto de que la legislación para combatir la discriminación sea plenamente efectiva, es importante que se distinga entre discriminación por edad directa e indirecta”*, señalando a continuación que *“la discriminación directa basada en la edad se define como el tratamiento menos favorable que recibe una persona respecto de otra y que no se daría si se tratase de dos personas de la misma edad. Los anuncios de vacantes de empleo en que se indica una limitación de edad son un ejemplo de las formas que puede adoptar la discriminación directa. La discriminación indirecta por motivos de edad va más allá de lo que puede observarse a primera vista y abarca prácticas potencialmente discriminatorias como los anuncios de vacantes de empleo que insisten demasiado en cualidades físicas que en realidad no son necesarias para desempeñar el trabajo de que se trate”*⁸².

No he encontrado supuestos en nuestra jurisprudencia que traten supuestos de discriminación indirecta, ya que cuando se exigen cualidades físicas el tope de edad máxima aparece también. En cambio,

⁸⁰ Apartado 64.

⁸¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Antonio Tizzano, 30-6-2005, apartado 15. En contra: VÍÑUELAS ZAHINOS, M. T., “Política de empleo discriminatoria por razón de edad”, *Revista Aranzadi Social*, 2005-V, p. 702; y MERCADER UGUINA, J. R., *op. cit.*, pp. 37-38, quien entiende que la medida alemana no respetaba el juicio de proporcionalidad.

⁸² Informe OIT 2011, versión española, nota n° 180 a pie de p. 55.

la jurisprudencia inglesa sí ofrece supuestos en donde se trata este tipo de discriminación:

- a) Es el caso de un arquitecto de 59 años a quien se le exige estar en posesión del Doctorado para el acceso a un puesto de profesor de Universidad. Decide demandar a ésta porque cuando él era estudiante, en los años 70, era muy poco frecuente que un arquitecto obtuviera el Doctorado y que entre los propios profesores escaseaban los que disponían de tal Grado; de ahí que entendía que el colectivo de arquitectos de su edad se encontraba en desventaja y era discriminado en relación con arquitectos más jóvenes, muchos de los cuales alcanzan el Doctorado como parte de sus estudios. El Tribunal de Empleo inglés rechaza que se esté produciendo una discriminación indirecta por entender que el demandante no lo demuestra suficientemente en relación con su grupo de edad y porque los motivos por los cuales la Universidad exige el Doctorado son legítimos. El Tribunal de Apelación considera que la Sentencia aborda incorrectamente el problema, al rechazar la demanda con base en estadísticas generales, y decide devolver el caso a otro Tribunal de Empleo para que se vuelva a pronunciar⁸³.
- b) Se admite discriminación indirecta en el caso de una empresa que sólo contrata conductores que sean aceptados por la compañía de seguros, que establecía una edad máxima de 69 años. Les da la razón a dos conductores de 69 y 77 años porque entiende que, aunque el objetivo es razonable (que todos los conductores estén asegurados frente a posibles accidentes de tráfico), los medios empleados no han sido proporcionados, ya que la empresa debería haber procurado encontrar otra compañía aseguradora que no limitara la edad⁸⁴.
- c) Igualmente, se admitió la discriminación indirecta en el caso de un colegio que ofertaba un puesto exigiendo que el candidato se

⁸³ Games v University of Kent (EAT case), 24-11-2014, www.agediscrimination.info

⁸⁴ Foreman and others v Oasis Taxis Mansfield Limited (Nottingham ET decisión), 29-3-2014, www.agediscrimination.info

encontrara “*en los primeros cinco años de su carrera profesional*”. Una profesora del propio colegio que había estado enseñando durante 34 años y que había visto reducida su dedicación horaria por motivos académicos decide demandar a la escuela. El Tribunal le da la razón afirmando que el colegio no ha justificado adecuadamente el requisito, ya que ha aportado un motivo económico genérico –el mayor coste económico que le supone contratar a un profesor con mayor experiencia– cuando debería haber añadido y probado la delicada situación económica por la que atravesaba y que el recurso a otras vías para mejorar dicha situación no había dado resultado⁸⁵.

6. CONCLUSIONES

Aunque ya se han ido adelantando algunas de ellas, considero que la preocupación comunitaria por evitar la discriminación injustificada por razón de edad, plasmada en la Directiva 2000/78, debe ser valorada positivamente, también en lo que se refiere a los supuestos indicados como casos que requerirán un análisis concreto e individualizado (requisito profesional determinante, política de empleo, etc.). En cambio, la transposición de la misma a nuestro derecho interno, llevada a cabo en una Ley de contenido general, resulta claramente mejorable.

Igualmente, entiendo que el tratamiento de la preferencia del criterio “edad” en el acceso al empleo no debe ser idéntico en el ámbito funcional que en el privado. En el primero se debe ser más riguroso, en tanto que en el segundo la libertad de empresa obliga a modular el juicio de proporcionalidad, teniendo en cuenta otros intereses empresariales legítimos que deben respetarse. No es una cuestión, a mi modo de ver, sólo de capacidad física o psíquica, sino de la realidad común de que el trabajador joven está en condiciones de asimilar mejor la formación requerida para la carrera profesional, se adapta mejor a los cambios y novedades y le resulta más fácil hacer equipo con otras personas de edades próximas a la suya.

⁸⁵ Rainbow v Milton Keynes Council (Bedford Employment Tribunal), 8-9-2008, www.agediscrimination.info

Lo cierto es que la jurisprudencia administrativa, por lo que al empleo público se refiere, ha ido fallando en contra de la edades máximas de acceso al empleo en Cuerpos en donde tal requisito se venía aceptando sin especiales dificultades (Guardia Civil, Policía Nacional, Autonómica y Local), llegando incluso a iniciarse una línea de cambio en las Fuerzas Armadas. Esto ha conllevado el retraso de esas edades en algunos casos, en tanto que en otros se ha producido su absoluta eliminación. A ello ha contribuido, sin duda, la STJUE Vital Pérez, que se inclina por desvincular la edad de la capacidad psicofísica, remitiendo exclusivamente a los resultados que los candidatos obtengan en las pruebas específicas que el concurso establezca. Esto deberá conllevar, como contrapartida, un control más intenso del mantenimiento de dicha capacidad en el tiempo, con un mayor gasto administrativo. No obstante, la asimilación de dicho cambio de rumbo por las Salas de los TSJ de las CCAA no parece pleno, pues siguen produciéndose sentencias que identifican edad y capacidad.

En el ámbito privado parece excesiva la regulación que impide a las empresas, a la hora de seleccionar a sus nuevos trabajadores, conocer la edad de éstos. Resulta incoherente con las políticas activas de empleo que se practican en nuestro país, que vinculan la concesión de ayudas o incentivos a la contratación de trabajadores por debajo o por encima de una edad determinada. Las empresas de recursos humanos tratan de evitar dicha prohibición recurriendo a otros datos que permitan averiguar la edad real del candidato. Al final, podemos terminar en un planteamiento de lo “políticamente correcto” pero alejado de la realidad, de modo que, aunque la edad no aparezca en la oferta de empleo, realmente se utilice como criterio preferente de acceso al mismo. En este sentido, parece más conveniente incentivar el mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad, ajustando la cuantía de los salarios o disminuyendo el importe de las cotizaciones. No veo con claridad que fuera positivo imponer a las empresas una cuota de trabajadores *seniors*, como sucede en Corea, según indica uno de los últimos Informes de la OIT al respecto⁸⁶.

⁸⁶ Dicha República ha promulgado leyes de discriminación positiva “en virtud de las cuales las empresas deben garantizar que al menos el 3 por ciento de sus trabajadores tenga como mínimo 55 años de edad. Además, (...)”

Por último, no resulta fácil ofrecer criterios estables que permitan, con independencia del caso que se deba resolver, determinar cuándo se produce una discriminación injusta por edad y cuándo no. Los tribunales utilizan diversos principios y procuran cotejar la situación particular con otra que sea comparable. Entre esos principios destacan, en el sector público, la permanencia en el puesto durante un tiempo razonable antes de la jubilación o del pase a la denominada “segunda actividad”; o la peligrosidad de la actividad que se realiza y la necesidad del rejuvenecimiento de plantillas en el sector privado. Pero la invocación de los mismos no siempre es garantía de que el fallo vaya a ser favorable a la edad máxima de acceso al empleo.

en su Ley para la Promoción del Empleo de las Personas de Edad se definen puestos de trabajo, como vigilante de aparcamiento o cobrador de autobús, para los cuales en la contratación se debe dar prioridad a las personas de edad” (cfr. OIT, Informe del Director General. La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión, 2011, p. 56; puede consultarse en <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/100thSession/reports>).