

No discriminación en la fijación de un tope máximo de edad para el acceso a funciones policiales.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *La fijación de un límite máximo de edad para el acceso a funciones públicas (in casu, 38 años) no es discriminatorio cuando existan razones objetivas que lo justifican como puede ser la eficaz gestión del servicio público policial, no en vano esta profesión exige la disposición subjetiva de unas óptimas condiciones físicas.*

Palabras clave: *Discriminación. Edad máxima. Acceso a cuerpos policiales. Condiciones físicas.*

Abstract: *The establishment of a maximum age limit for access to public functions (38 years old) is not discriminatory when there are objective reasons that can justify it, such as the efficient development of the public police service, since this profession requires the subjective provision of optimum physical conditions.*

Keywords: *Discrimination. Age limit. Access to police officers. Fitness conditions.*

I. Introducción

Cierto es que determinadas profesiones, como policías nacionales, autonómicos y locales, exigen la disposición subjetiva de unas óptimas condiciones físicas que permitan en todo momento el desarrollo eficiente de las funciones que les son propias, una vez superados exigentes procesos selectivos en los que no sólo hay que aprobar exámenes de conocimiento sino también test conductuales y pruebas físicas, en las que deben acreditar determinada fortaleza, adiestramiento y resistencia corporal, sin estar incursos, a la postre, en alguno de los apartados de los cuadros médicos de exclusiones. Teniendo en cuenta que sus integrantes llevan a cabo cometidos eminentemente operativos con manejo de armas y, en muchas ocasiones, desempeñan quehaceres arriesgados y peligrosos, no puede extrañar que sus aptitudes anatómicas y funcionales deban cumplir rigurosos estándares durante toda su carrera, de manera que la disposición de tales cualidades debe acreditarse tanto en el momento de acceso como de forma periódica en el desempeño de su actividad.

No menos verdad resulta tampoco que, en este marco, la edad actúa como factor clave, pues tanto las condiciones orgánicas (agudeza visual, capacidad auditiva, coordinación motora), como las mentales (dificultad de atención, memoria o reflejos), sufren progresivas limitaciones a medida que pasa el tiempo^[1]. Esta realidad ha sido atendida por el legislador de Seguridad Social a través de las prestaciones de incapacidad permanente total y absoluta junto con el mecanismo de la jubilación anticipada sin penalización, considerándose los años de bonificación de la edad hasta la edad ordinaria como tiempo cotizado.

En concreto, para la Policía Autónoma del País Vasco, la disposición adicional 20ª Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), prevé la aplicación de “un coeficiente (reductor) del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados”, si bien en ningún caso esta minoración dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los sesenta años, o a la de cincuenta y nueve años en los supuestos en que se acrediten treinta y cinco o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de la Ertzaintza, o en los colectivos que quedaron incluidos en el mismo, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. Todo ello acompañado de un tipo de cotización adicional del 10,60 por ciento, del que el 8,84 por ciento será a cargo de la empresa y el 1,76 por ciento a cargo de la persona trabajadora, frente al 6,70%, que es el tipo más elevado, según la tarifa de primas aplicable a las contingencias profesionales (art. 122. trece Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2023).

En paralelo, desde la legislación de función pública, se establecen dos previsiones donde el factor edad adquiere un protagonismo sustancial: por una parte, el art. 90 Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, prevé que “el personal funcionario de los Cuerpos de la Policía del País Vasco que se encuentre en situación de servicio activo, con excepción de quienes pertenezcan a la Escala de Facultativos y Técnicos de la Ertzaintza, podrá pasar (previa valoración de un tribunal médico) a la situación administrativa de segunda actividad por disminución apreciable de las facultades psíquicas o físicas, cuando esta determine una insuficiente capacidad de carácter permanente para el pleno desempeño de las funciones propias de su categoría, sin impedirles la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial”^[2]. La solicitud voluntaria de pase a la situación administrativa de segunda actividad, que implica la percepción de las retribuciones básicas de la categoría y aquellas de carácter personal que tuvieran reconocidas, incluidas las que correspondan en concepto de trienios, y las complementarias que correspondan al puesto o plaza que se desempeñe, conlleva el compromiso a la petición de jubilación voluntaria anticipada cuando se alcance la edad requerida para aquella de conformidad con el régimen de la Seguridad Social, en su caso, aplicable. La observancia de tal compromiso podrá retrasarse si en el momento de cumplimiento de la edad de la jubilación anticipada no se acreditan los requisitos necesarios para percibir una pensión equivalente al 100 % de su base reguladora.

Por otra, el art. 77 Decreto Legislativo 1/2020 determina que para la admisión a las pruebas selectivas de ingreso por turno libre como funcionarios o funcionarias pertenecientes a los Cuerpos de la Policía del País Vasco, se requerirá el cumplimiento del siguiente requisito: “a) Tener 18 años de edad. Para el ingreso en la categoría de agente no haber cumplido la edad de 38 años...”.

Sobre esta última referencia en relación con el tope máximo de edad para el acceso en los cuerpos de la Policía del País Vasco y sus posibles efectos discriminatorios versa la sentencia objeto de comentario.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 335/2023, de 15 de marzo.

Tipo y número recurso o procedimiento: recurso de casación núm. 1702/2022.

ECLI: ES:TS:2023:928

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente pronunciamiento judicial dilucida un recurso de casación, interpuesto contra la sentencia número 461/2021, de 22 de noviembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que resolvió el recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia de 26 de abril de 2021 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Vitoria-Gasteiz.

La sentencia de instancia afirmó que el establecimiento de un límite máximo de edad para el acceso a funciones públicas no es discriminatorio cuando existan razones objetivas que lo justifican como puede ser la eficaz gestión del servicio público policial.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia vino a confirmar el fallo del pronunciamiento judicial anterior, entendiendo que es ajustada a derecho la Resolución de 20 de diciembre de 2019 de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convocó un procedimiento selectivo para ingreso por turno libre en la categoría de Agente de la Escala Básica de los Cuerpos de Policía del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local, publicada en el BOPV nº 4, de 8 de enero de 2020, en cuanto en la Base Segunda 1.- d), que exige como requisito de participación no haber cumplido la edad de 38 años. Asimismo, confirma también la Resolución de 21 de febrero de 2020 de exclusión del apelante en el proceso selectivo y la Resolución de 10 de marzo de 2020 por la que se publicó la relación definitiva de personas admitidas y excluidas al citado procedimiento selectivo.

Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia rechaza además el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de cuestiones prejudiciales entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con el art. 55.1 bis de la Ley de Policía del País Vasco, según redacción dada por la Ley 7/2019, de 27 de junio, que hacía referencia al límite de edad máximo de 38 años para el acceso a la función pública policial.

Por Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2022 se admite a trámite el recurso de casación preparado por quien había sido excluido del proceso selectivo por superar la edad de 38 años frente a la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia, señalando que el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en “reforzar, matizar o revisar la jurisprudencia del Tribunal Supremo con relación a la validez del establecimiento de un límite de edad de 38 años para el acceso a los Cuerpos de Policía del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local”.

IV. Posición de las partes

En el litigio se mantienen las dos siguientes posiciones enfrentadas:

Por un lado, el recurrente solicita la declaración de nulidad de tres resoluciones de la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias: 1) de 20 de diciembre de 2019, por la que se convocó el procedimiento selectivo para ingreso por turno libre en la categoría de agente de la Escala Básica de los Cuerpos de policía del País Vasco, en cuanto hace a su base segunda 1.d), que exige como requisito de participación no haber cumplido la edad de 38 años; 2) la de 21 de febrero de 2020, de exclusión del apelante del proceso selectivo; 3) la de 10 de marzo de 2020, de publicación de la relación definitiva de personas admitidas y excluidas en dicho proceso de reclutamiento.

Además, el recurrente solicita el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el art. 55.1 bis de la Ley de

Policía del País Vasco, en la redacción dada por la Ley 7/2019, que recoge la exigencia de no superar los 38 años de edad como requisito de admisión a las pruebas.

Como fundamento de sus pretensiones el recurrente argumenta que si existe una situación de envejecimiento de la plantilla, ello no debería servir como justificación para imponer un límite de edad para el acceso, ya que si concurre un problema de pérdida de capacidades por parte de los funcionarios de la Ertzaintza asociado con ese envejecimiento de la plantilla, la solución acertada es seleccionar a las personas más capaces y no a las personas más jóvenes.

Por otro lado, la Academia Vasca de Policía y Emergencias, organismo autónomo del Gobierno Vasco, solicita la desestimación del recurso de casación, entendiéndolo ajustadas a derecho las tres resoluciones impugnadas. Considera que resulta innecesario tanto plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como formular una cuestión de inconstitucionalidad. También argumenta que la sentencia recurrida respeta la doctrina del Tribunal Supremo vertida entre otros pronunciamientos en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 de abril de 2017, dictada en el recurso de casación nº 1709/2015, en la que se considera ajustado a Derecho el límite de edad de 30 años (inferior a 38 años) establecido para el acceso a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil; resolución judicial que aunque se refiere a otras fuerzas de seguridad diferentes a la Ertzaintza, confirma la tesis que la Administración del Gobierno Vasco defiende.

V. Normativa aplicable al caso

Las normas jurídicas objeto de interpretación en la presente sentencia son:

--El art. 4.1 Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, conforme al cual “no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 2”, que recogen los principios de igualdad de trato y no discriminación y los conceptos de discriminación directa e indirecta, “los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el art. 1 (en el cual se incluye la edad) no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

--El art. 8 Directiva 2000/78, según el cual “los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma”.

--El art. 10 Directiva 2000/78, en virtud del cual “los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, “...sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante”

--El art. 14 Constitución Española (CE), a tenor del cual “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

--El art. 23.2 CE, conforme al cual “asimismo, (los ciudadanos) tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

--El art. 24.1 CE, en virtud del cual “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”, en relación con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se refiere a que “toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo, (de manera que) toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley; (además) “toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar”.

--El art. 55 bis 1 a) Ley de Policía del País Vasco, según redacción dada por la Ley 7/2019, de 27 de junio, actual art. 77 del Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, conforme al cual “para la admisión a las pruebas selectivas de ingreso por turno libre como funcionarios o funcionarias pertenecientes a los Cuerpos de la Policía del País Vasco, se requerirá el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación reguladora del empleo público vasco, con las siguientes singularidades: a) Tener 18 años de edad. Para el ingreso en la categoría de agente no haber cumplido la edad de 38 años, límite que se podrá compensar con servicios prestados en Cuerpos de la Policía del País Vasco”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo, siguiendo la argumentación de la parte recurrida, considera innecesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues este último Tribunal, en sentencia de 15 de noviembre de 2016, ha entendido que resulta conforme al Derecho Comunitario una norma nacional que exigía en aquel momento “que los candidatos a puestos de agentes de un cuerpo de policía que ejercen todas las funciones operativas o ejecutivas que corresponden a dicho cuerpo no deben haber cumplido la edad de 35 años” (edad inferior, incluso, a la actualmente debatida que es de 38 años).

Asimismo, el Tribunal Supremo entiende innecesario formular cuestión de constitucionalidad, pues atendiendo a lo señalado en el Auto del Tribunal Constitucional 183/2016, de 15 de noviembre, que reproduce lo declarado en el Auto del Tribunal Constitucional 168/2016, de 4 de octubre, “estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el Tribunal de Justicia resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea aplicable al caso” [arts. 163 CE y 35.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC)]. En consecuencia, “el planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determinaría la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad” (art. 37.1 LOTIC).

El Tribunal Supremo considera, además, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de noviembre de 2016 provocó un cambio en la doctrina del Tribunal Supremo sin que existan razones para volver a la doctrina anterior. Así, a partir de este referente judicial europeo, cabe hacer mención a la Sentencia del Alto Tribunal español de 25 de septiembre de 2017^[3], que en lo que se refiere al acceso al Cuerpo de Policía Local en varios Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, donde las bases de la convocatoria exigían una edad máxima de 33

años, reitera lo dicho en la Sentencia de 5 de abril de 2017^[4], reputando que tal requisito no era contrario al art. 21.1. de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ni tampoco vulneraba los arts. 14, 23.2, 103.3 y 9.3 CE.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de no “reputar contraria a los principios de la Unión europea ni a la Constitución española la fijación de un límite de edad de 38 años para el acceso a los Cuerpos de Policía del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local”.

VIII. Pasajes decisivos

La Sentencia objeto de comentario toma en consideración el hecho de que determinadas profesiones exigen la posesión de unas condiciones físicas óptimas que, dejando a un lado circunstancias subjetivas particulares, suelen perderse o reducirse sensiblemente con la edad. Para el análisis de esta cuestión trae a colación el razonamiento vertido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de enero de 2010 (asunto C-229/08) dictada en relación con el cuerpo de bomberos, a cuyo tenor: “las tareas de extinción de incendios y salvamento de personas, que incumben al servicio técnico medio de bomberos, únicamente pueden llevarse a cabo por los funcionarios más jóvenes. Los funcionarios de más de 45 o de 50 años realizan otras tareas. A fin de garantizar el funcionamiento eficaz del servicio técnico medio de bomberos, puede considerarse necesario que la mayoría de los funcionarios de dicho servicio sea capaz de cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico y que, por lo tanto, tengan menos de 45 o de 50 años. Además, el destino de los funcionarios de más de 45 o 50 años a tareas menos exigentes desde un punto de vista físico exige que éstos sean sustituidos por funcionarios jóvenes. Pues bien, la edad a la que se contrata al funcionario determina el tiempo durante el cual podrá cumplir las tareas exigentes desde un punto de vista físico. El funcionario contratado antes de cumplir los 30 años, dado que por lo demás deberá seguir una formación de dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período mínimo de entre 15 y 20 años. Por el contrario, si es contratado a la edad de 40 años, dicho período será como mucho de entre 5 y 10 años. Una contratación a edad avanzada tendría como consecuencia que un número demasiado elevado de funcionarios no podría ser destinado a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Asimismo, tal contratación no permitiría que los funcionarios contratados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un período de tiempo suficientemente largo. Por último, como alega el Gobierno alemán, la organización razonable del cuerpo de bomberos profesionales exige, por lo que respecta al servicio técnico medio, una correlación entre los puestos que requieren una mayor capacidad física y que no están adaptados a los funcionarios de más edad y los puestos que requieren una menor capacidad física y que están adaptados a dichos funcionarios”.

Estas reflexiones sobre la limitación de la edad máxima de acceso al cuerpo de bomberos pueden trasladarse, a juicio del Tribunal Supremo, a los cuerpos de la Policía Autónoma del País Vasco, Ertzaintza y Policía Local.

IX. Comentario

La Directiva 2000/78, tras concretar qué se entiende por igualdad, discriminación directa y discriminación indirecta (art.2), va a justificar las diferencias de trato por motivos de edad en base a una finalidad legítima y a unos medios adecuados y necesarios (art. 6), incluyendo además una referencia muy general al tipo de “finalidad legítima”, al señalar como admisibles “los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional”, dando pie a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante considerar la no discriminación por edad como principio general de Derecho de la Unión, haya juzgado reiteradamente que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación no solo para elegir un objetivo específico entre los varios posibles en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que permitan lograrlo, no siendo

necesario siquiera que exista en dicha medida una enumeración precisa de los objetivos que establezcan el distinto trato en función de la edad. A mayor abundamiento, la Directiva señala, en clara apariencia ejemplificativa, otras excepciones particulares de situaciones que permiten no aplicar esta norma europea, en contraste con el procedimiento opuesto empleado en la Directiva 2006/54, antidiscriminatoria por razón de género, la cual expone situaciones que deben considerarse contrarias a la propia norma, reforzándola de esta manera y no debilitándola como en el caso de la Directiva aquí estudiada, con el peligro de que todas estas excepciones y derogaciones se conviertan en regla.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido requiriendo, para determinar si existe o no justificación de la medida en cuestión, la concurrencia de la existencia de un objetivo legítimo, así como el respeto al principio de proporcionalidad, esto es, que se trate de una medida adecuada, necesaria y proporcional, sin que se haya marcado un criterio general para determinar cuándo una medida es discriminatoria por razón de edad, procediéndose a un examen casuístico acerca de la adecuación y necesidad de las intervenciones adoptadas, con reconocimiento de un amplio margen de apreciación a las autoridades de los Estados o a los agentes sociales en el establecimiento de los fines y de los instrumentos para alcanzar tales fines^[5]. De ahí que llegue a entender adecuada, por ejemplo, en el caso *Abercrombie & Fitch Italia*^[6], una determinada modalidad contractual con una edad máxima de contratación de 25 años, aun cuando se extinga automáticamente el contrato al cumplir dicha edad, si responde a los objetivos específicos en materia de política social y empleo, como puede ser la adaptabilidad de los asalariados, la eliminación de las formas de trabajo ilegales y el fomento de la contratación de los jóvenes.

Así pues, aun cuando se haya elevado la no discriminación por edad a la categoría de principio general de Derecho de la Unión dentro del marco de la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, incluso en un litigio entre particulares^[7], en absoluto queda garantizada su mayor tutela, siendo en la práctica dicha categoría un artificio para lastrar la eficacia de los derechos concernidos^[8], puesto que si se trata como una norma aparentemente neutra y no se aplica a la luz de una prohibición específica de discriminación por edad, va a permitir posibles justificaciones, afectando a la carga de la prueba de la discriminación y suministrando a los tribunales estatales una valoración en principio atenuada de las diferencias por razón de edad^[9], por lo que no puede resultar extraño presenciar, con cierta habitualidad, comportamientos irregulares como anuncios para oficios varios (hostelería, mecánica, transporte, etc.) que restringen la edad de los candidatos; medidas de fomento del empleo que marginan a amplias capas *ratione aetatis*; despidos colectivos u otras medidas de reestructuración que se centran en las personas más veteranas; y un largo etcétera^[10].

Tras la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de desarrollar actividad laboral más allá de los 69 años en 1981^[11], en la actualidad dentro del Estado español no existen ningún tipo de trabas para el acceso y mantenimiento del empleo en el sector privado que estén vinculadas a la edad, salvo las relativas a los menores de 16 años con carácter general o de 18 años en determinados puestos penosos, insalubres o peligrosos (art. 6.1 ET y Decreto de 26 de julio de 1957) o a la posibilidad de introducir cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva asociadas a medidas de fomento del empleo (disposición adicional 10ª ET). A diferencia de esta situación, en el sector público se exige como requisito de acceso, por mandato del art. 56.c) Real Decreto 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa, situación que para los funcionarios públicos supone el cese en tal condición, por el cumplimiento de una determinada edad, fijada en 65 años por regla general, aunque se pueda llegar a prolongar la permanencia en el servicio activo, como máximo hasta cumplir setenta años de edad (art. 67.3 TREBEP).

Además, solamente por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para limitar el acceso al empleo público. Vía de escape que

ha sido convalidada judicialmente en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como el asunto *Wolf*, en el cual se rechaza la candidatura al servicio de bomberos de un aspirante, que a la hora de realizar las pruebas selectivas tenía 30 años y 6 meses, por superar la edad máxima de contratación fijada en 30 años, con el objetivo de garantizar que “los funcionarios del servicio técnico medio de bomberos puedan cumplir las misiones que exigen una capacidad física particularmente elevada durante un período de tiempo relativamente largo de su carrera, puesto que se requiere una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tienen los funcionarios más jóvenes”^[12].

En parecidos términos, atendiendo a un supuesto requisito profesional esencial y determinante (art. 4 de la Directiva 2000/78), se pronuncia el mismo tribunal en el asunto *Salaberria Sorondo*^[13], el cual declara que el límite de edad de 35 años para el acceso a la Escala Básica de la Policía de la Comunidad Autónoma Vasca puede estar justificado en atención a los criterios estructurales o de carrera del propio Cuerpo de Policía, es decir, esta limitación cuenta con una justificación objetiva y razonable que excluye la infracción de la Directiva 2000/78. El objetivo de mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio, exige que la posesión de las capacidades físicas específicas no deba entenderse de manera estática, sino teniendo en cuenta los años de servicio que prestará el agente después de ser seleccionado.

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sala de lo Contencioso-administrativo, considera justificado el límite de 30 años para el acceso a la Guardia Civil, atendiendo a las necesidades de este instituto armado, de naturaleza militar, de proveer distintos puestos de responsabilidad por miembros que hayan ido adquiriendo dentro del mismo la capacitación necesaria y la consiguiente necesidad de que el acceso al cuerpo se haga a una edad que permita alcanzar ese objetivo antes de que llegue el momento de retiro^[14].

Parece evidente que todas estas resoluciones están bajo los efectos de la posibilidad, establecida en la propia Directiva 2000/78 (art. 3.4), referida a que los Estados miembros puedan prever la no aplicación de la misma, en lo referente a la discriminación basada en la edad, a las Fuerzas Armadas o cuerpos de salvamento. Si bien, con anterioridad, se había pronunciado en sentido contrario el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto *Vital Pérez*^[15], ante una norma que fijaba en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local, al no considerar adecuada y necesaria dicha limitación para garantizar los requisitos de formación de los agentes, o la necesidad de un período de actividad razonable previo a su jubilación. Esta interpretación ha sido, como ya consta, posteriormente revocada.

Con carácter más reciente, sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia 17 de noviembre de 2022, asunto C-304/21, ha fallado que los arts. 2.2, 4.1 y 6.1 de la Directiva 2000/78/CE a la luz del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse “en el sentido de que se oponen a una normativa nacional (italiana) que establece una edad máxima de 30 años para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía, en la medida en que las funciones que efectivamente ejercen esos comisarios de policía no exijan capacidades físicas específicas o, si se requieren esas capacidades específicas, resulte que esa normativa, pese a perseguir un objetivo legítimo, impone un requisito desproporcionado, extremo que incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

X. Apunte final

Es un hecho objetivo que los Tratados y Directivas de la Unión Europea han generado una especie de jerarquía entre las causas de discriminación, en la cual la edad queda en el peldaño de menor consideración, como también lo es que el tono social reivindicativo ha sido menos intenso con esta causa que con otras como el sexo, la raza o la orientación sexual. Resulta paradójico que sea en el ámbito de la Directiva 2000/78, marco general para la igualdad de trato en el empleo, donde se consientan diferencias de trato desfavorables por motivos de edad, como el

establecimiento de una edad máxima para la contratación, justo al mismo tiempo que se está tratando de impulsar la permanencia en el empleo de los trabajadores de más edad y la elevación de las edades de jubilación, pareciendo que lo que conviene a las políticas de empleo no conviene a las de protección social.

Teniendo en cuenta que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, regula con mayor contundencia las prohibiciones de discriminación, incluidas las derivadas de la edad, podría llegar a alcanzarse la siguiente conclusión: sin dejar de reconocer que determinadas profesiones exigen la disposición de unas excelentes condiciones físicas no sólo en el momento de acceso sino durante todo el desarrollo de su carrera, lo cierto es que ambas circunstancias son debidamente atendidas por el ordenamiento jurídico español, pues la posesión de las capacidades corporales necesarias para llevar a cabo las actividades de agente de policía puede valorarse adecuadamente en las pruebas físicas eliminatorias previstas en la convocatoria y el mantenimiento de tales cualidades puede revisarse periódicamente a través de los oportunos reconocimientos médicos. Así, ante cualquier deterioro anatómico o funcional, el funcionario puede pasar a las situaciones de segunda actividad, incapacidad permanente total o incapacidad permanente absoluta, sin olvidar tampoco la posibilidad de acogerse a la jubilación anticipada tras la aplicación de los oportunos coeficientes reductores. En fin, la fijación de una edad máxima como límite para el acceso a las funciones policiales tampoco encontraría acomodo en una justificación basada en la política de empleo, el mercado de trabajo y la formación profesional ante el débil argumento del envejecimiento de las plantillas.

Referencias:

1. ^ DE LA CASA QUESADA, S.: “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, número extraordinario 2019, p. 137.
2. ^ *Se consideran tareas fundamentales de la profesión policial las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación, y la persecución de las personas culpables; tareas cuyo eficaz desempeño exige una elemental capacidad tanto para el uso y el manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz/motora.*
3. ^ Rec. 2637/2015
4. ^ Rec. 1709/2017.
5. ^ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y GÓMEZ GARCÍA, F.X.: “La edad como factor de vulnerabilidad social: algunos factores merecedores de preocupación”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2018, pp. 505 y ss.
6. ^ Sentencia de 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia*, C-143/16, EU:C:2017:566.
7. ^ Sentencia de 19 de abril de 2016, *Dansk Industri (DI)*, C-441/14, EU:C:2016:278, apartado 27.
8. ^ CABEZA PEREIRO, J.: “Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad”, en AA.VV. BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 240-241.

9. ^ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Jubilación y discriminación en el empleo por razón de edad en el derecho comunitario», en AA.VV. CAMAS RODA, F. (coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 27.
10. ^ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La edad para trabajar (al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 897, 2015, pág. 2.
11. ^ STCo 22/1981, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad, promovida por el Magistrado de Trabajo núm. 9 de Madrid, sobre la Disposición Adicional Quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que limitaba con carácter general a sesenta y nueve años la edad máxima para trabajar, pudiendo el Gobierno rebajarla en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo.
12. ^ Sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU:C:2010:3, apartado 34.
13. ^ Sentencia de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873.
14. ^ STS Contencioso-administrativo de 5 de abril de 2017 (rec. 1709/2015).
15. ^ Sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371.