

PRIMERA PARTE
PREMIOS RIVERO LAMAS 2017 A LA MEJOR COMUNICACIÓN
PRESENTADA EN EL XXVII CONGRESO DE LA AEDTSS

**LA EFICACIA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN
MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN
LABORAL POR RAZÓN DE EDAD***

María Areta Martínez**
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción: punto y seguido en el proceso de construcción del sistema de derechos fundamentales en la Unión Europea. –II. La eficacia de la Directiva 2000/78/CE en orden a garantizar la igualdad de trato y no discriminación laboral por razón de edad. 1. Introducción. 2. La Directiva 2000/78/CE carece de eficacia directa. 3. La Directiva 2000/78/CE produce “efecto directo vertical”. 4. La Directiva 2000/78/CE no produce “efecto directo horizontal”, pero la jurisprudencia comunitaria ha habilitado mecanismos para hacer valer su contenido en las relaciones entre particulares. 5. Primeras conclusiones sobre la eficacia de la Directiva 2000/78/CE. –III. La eficacia de la Directiva 2000/78/CE en orden a garantizar la igualdad de trato y no discriminación laboral por razón de edad en el acceso a la función pública en España.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad en el acceso a la función pública en España de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2000/78/CE y en la jurisprudencia del TJUE que la interpreta. Concretamente, el trabajo examina si resulta discriminatorio fijar una edad máxima para participar en los procesos selectivos de acceso a la función pública, en general, y a los Cuerpos y Escalas del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, de las Policías Locales y de las policías autonómicas (Cataluña, Navarra y País Vasco), en particular.

ABSTRACT

The objective of this essay is to analyse the principles of equal treatment and prohibition of age discrimination in terms of access to public service employment in Spain. The legislative framework for this analysis is Directive 2000/78/CE and the case law of the EU Court of Justice that interprets it.

Specifically the essay examines if the use of maximum age limits in the selection process for public service employment is discriminatory in general. This is examined particularly with regard

*Recibido el 18 de abril. Aceptado el 15 de julio.

** Profesora Titular

to the selection process for access to different ranks of the National Police Corps, The Civil Guard, Local Police Forces and the following Autonomous police forces: Mossos d'Esquadra in Catalonia, Policía Foral in Navarre and Ertzaintza in the Basque Country.

Palabras clave: edad, discriminación, Directiva 2000/78/CE, empleo público.

Key words: age, discrimination, Directive 2000/78/CE, public service employment.

I. INTRODUCCIÓN: PUNTO Y SEGUIDO EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Inicialmente, el Derecho comunitario (hoy, Derecho de la Unión Europea) carecía de un catálogo propio de derechos fundamentales (*bill of rights*) y de mecanismos para garantizarlos. En 1969, ante el vacío de los Tratados constitutivos¹, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea)² dictó la sentencia *Stauder*³ con la que inicia el camino en orden al reconocimiento, respeto y salvaguardia de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas (hoy, Unión Europea). La Sentencia no precisa cuáles sean los derechos fundamentales, el contenido esencial de cada uno ni su grado de protección, pero da un paso muy importante al declarar por vez primera que están comprendidos (subyacen) dentro de los principios generales del Derecho comunitario⁴, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia⁵.

¹ Los Tratados constitutivos apenas reconocen derechos fundamentales, que son de contenido económico y relacionados con las libertades fundamentales. El derecho a la igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo es uno de los pocos derechos fundamentales laborales que reciben reconocimiento expreso en los Tratados fundacionales, concretamente por el art. 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en 1957 (TCEE).

² En 2009, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2007), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) pasó a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El TJCE ha llegado a estar integrado por tres órganos jurisdiccionales: 1) el Tribunal de Justicia (de origen), 2) el Tribunal General (creado en 1988) y 3) el Tribunal de Función Pública (creado en 2004). El 1 de septiembre de 2016, el Tribunal de Función Pública traspasó sus competencias al Tribunal General que, junto con el Tribunal de Justicia, son los dos órganos jurisdiccionales que actualmente integran el TJUE. El TJUE tiene su sede en Luxemburgo, de ahí que también sea conocido como Tribunal de Luxemburgo.

³ Vid., Vid., STJCE de 12 de noviembre de 1969 (Asunto C-29/69. Caso Erich Stauder y Stadt Ulm-Sozialamt. Apartado 7).

⁴ La mayoría de los principios generales del Derecho de la Unión Europea son de origen jurisprudencial, es decir, no surgirían de las normas escritas de Derecho primario y de Derecho derivado, sino que fueron elaborados caso por caso a través de la jurisprudencia del TJCE primero y del TJUE después. Como normas no escritas que son, los principios generales del Derecho elaborados por vía jurisprudencial forman parte del denominado Derecho subsidiario de la Unión Europea. El TJUE los utiliza en distintos ámbitos para interpretar las normas del Derecho primario y del Derecho derivado y, en su caso, para cubrir posibles lagunas jurídicas. Entre otros, cabe citar los siguientes: protección de la confianza legítima, neutralidad fiscal, efectividad, equivalencia, prohibición de invocar abusivamente el Derecho de la Unión, protección de secretos comerciales, o *non bis in idem*. Muchos de los principios generales adoptados por el TJCE (y por el TJUE) se han incorporado posteriormente, a través de sucesivas reformas, en el Derecho primario y en el Derecho derivado.

No obstante, algunos principios generales del Derecho de la Unión Europea aparecen plasmados por escrito desde el primer momento en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas; tal es el caso, por ejemplo, de los principios de unidad, libertad y seguridad. Sobre esta cuestión, vid., DÍAZ RUBIO, P.: *El Principio de Confianza Legítima en Derecho Tributario*, Universidad de Almería, Almería, 2012, pgs. 27 y 28.

⁵ En la sentencia *Stauder*, el Tribunal de Justicia, además de erigir los derechos fundamentales en principios generales del Derecho comunitario, se reconoce a sí mismo como garante de los mismos. MANGAS MARTÍN, A.: "El compromiso con los derechos fundamentales", en AAVV (Coords., MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ

A partir de los años setenta del siglo XX, el Tribunal de Luxemburgo despliega una intensa actividad jurisprudencial para conformar un elenco de derechos fundamentales y garantizar su tutela, inspirándose para ello en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁶), y después también en los Tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en los que sean parte o a los que se adhieran los Estados miembros, y muy particularmente en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (sentencia *Nold*⁷).

Durante la década de los ochenta y principios de los noventa del siglo XX, el Tribunal de Luxemburgo prosiguió con la conformación de un sistema de derechos fundamentales como parte del Derecho comunitario. En 1985, la sentencia *Cinéthèque* aclara que el Tribunal de Justicia garantiza el respeto de los derechos fundamentales cuando la materia en conflicto pertenece al ámbito del Derecho comunitario, pero no cuando queda reservada a la legislación nacional⁸. En 1988, la sentencia *Wachauf* declara por vez primera que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario vinculan no solo a las instituciones y órganos comunitarios, sino también “a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias”⁹; y en 1991, la sentencia *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi Etairia*, además de recapitular todos los criterios jurisprudenciales elaborados hasta la fecha, añade que cuando la materia en conflicto entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el órgano jurisdiccional del Estado miembro debe comprobar que la legislación nacional que regula dicha materia sea conforme con los derechos fundamentales de las Comunidades Europeas, tomando en cuenta para ello los elementos de interpretación facilitados por el Tribunal de Justicia al resolver la cuestión prejudicial¹⁰.

ALONSO, L.N.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, pg. 34, señala que la facultad del TJCE para actuar como garante de los derechos fundamentales se fundamenta en el art. 164 del TCEE, según el cual, el Tribunal de Justicia garantiza “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado”. La autora entiende que “en ese respeto del Derecho se incluye el respeto a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros”, que son fuente del Derecho comunitario. Por tanto, en la medida que los derechos fundamentales están comprendidos dentro de los principios generales del Derecho y estos son fuente del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia actúa como garante de los mismos.

⁶ La STJCE de 17 de diciembre de 1970 (Asunto C-11/70. Caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH*. Apartado 4) reitera que “la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia”, y declara por vez primera que la salvaguardia de dichos derechos se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

⁷ La STJCE de 14 de mayo de 1974 (Asunto C-4/73. Caso *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung*. Apartados 12 y 13) reitera dos criterios, a saber: 1) “los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal” y 2) “al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. La principal aportación de esta sentencia es que por primera vez declara que los Tratados Internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario, y muy especialmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde 1953.

⁸ La STJCE de 15 de julio de 1985 (Asuntos acumulados C-60/84 y C-61/84. Caso *Cinéthèque* y otros y caso *Editions René Chateau SARL*. Apartado 26) señala que “Si bien es cierto que incumbe al Tribunal de Justicia garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito propio del Derecho comunitario, no le corresponde, sin embargo, examinar la compatibilidad con el Convenio Europeo de una ley nacional que, como en el caso de autos, pertenezca a un ámbito reservado a la apreciación del legislador nacional”. En el mismo sentido, vid., STJCE de 30 de septiembre de 1987 (Asunto C-12/86. Caso *Demirel*. Apartado 28).

⁹ Vid., STJCE (Sala Tercera) de 13 de julio de 1989 (Asunto C-5/88. Caso *Hubert Wachauf*. Apartado 19).

¹⁰ El apartado 42 de la STJCE de 18 de junio de 1991 (Asunto C-260/89. Caso *ERT AE*) señala que desde el momento en que la normativa nacional entra en el campo de aplicación del Derecho comunitario, “el Tribunal de Justicia, que conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de

La ausencia de un procedimiento específico de tutela judicial de derechos fundamentales no impidió (ni impide) al Tribunal de Justicia desarrollar e impulsar esta materia a través del procedimiento prejudicial y del recurso directo.

En 1992, Maastrich asume el sistema pretoriano (*ius praetorium*) de derechos fundamentales creado por la jurisprudencia comunitaria. Así, el art. F.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) consagró que la Unión respetará, “como principios generales del Derecho comunitario”, los derechos fundamentales previstos en dos fuentes, a saber¹¹: 1) el CEDH y 2) las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. En un primer momento, el art. L del TUE excluyó el art. F.2 del control jurisdiccional, de modo que la actuación que el Tribunal de Luxemburgo venía desarrollando como garante de los derechos fundamentales no contaba con un fundamento legal claro¹². Esta situación cambia en 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 1997, que amplía las competencias del Tribunal. Amsterdam añade una letra d) al art. 46 (antiguo art. L) del TUE para someter su art. 6.2 (antiguo art. F.2) al control jurisdiccional. A partir de este momento, el Tribunal de Luxemburgo tiene formalmente reconocida la competencia, que previamente ya ejercía *de facto*, para controlar el respeto de los derechos fundamentales “respecto a la actuación de las instituciones” comunitarias, no así frente a los Estados miembros¹³.

Conviene advertir que, junto al CEDH y las Constituciones de los Estados miembros, existe una tercera fuente de derechos fundamentales en la Unión; se trata de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) proclamada en Niza en diciembre de 2000. En un primer momento, la Carta carecía de fuerza vinculante y los derechos fundamentales que reconoce no tenían más consideración que la de elementos de Derecho subsidiario. En 2009, esta situación cambia con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007, que da nueva redacción al art. 6.1 del TUE para dotar a la Carta de fuerza vinculante y además con “el mismo valor jurídico que los Tratados”. A partir de este momento, la Carta se equipara al Derecho primario y dota expresamente a la Unión Europea de un catálogo propio de derechos fundamentales. Llegados a este punto cabe concluir que: 1) los derechos fundamentales, considerados por el Tribunal de Justicia y por el art. 6.3 del TUE como principios generales del Derecho de la

interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia tal como están expresados, en particular, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos”. En el mismo sentido, vid., STJCE de 24 de marzo de 1994 (Asunto C-2/92. Caso Bostock. Apartado 16).

¹¹ Antes del TUE, el Preámbulo del Acta Única Europea (1986) ya hizo referencia a los derechos fundamentales reconocidos en las tres fuentes siguientes: 1) las Constituciones y leyes de los Estados miembros, 2) el CEDH y 3) la Carta Social Europea. Sin embargo, no llegó a erigir los derechos fundamentales en principios generales del Derecho comunitario, teniendo que esperar para ello hasta el TUE de 1992.

¹² El TUE cambió la denominación del TCEE, pasando a llamarse Tratado de la Comunidad Europea (TCE), y modificó varios de sus artículos. El TUE y el TCEE no atribuían expresamente al Tribunal de Justicia competencia para actuar como garante de los derechos fundamentales. Sin embargo, como ya se ha indicado más arriba, hay quien fundamenta dicha competencia en el art. 164 TCE. Vid., MANGAS MARTÍN, A.: “El compromiso con los derechos fundamentales”, ob. cit., pg. 34.

¹³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: “Consideraciones sobre la formación del Derecho Europeo”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 200, 1999, pg. 17, señala que el TUE codifica una práctica que anteriormente ya ejercía el TJCE.

En la práctica, el art. 46.d) del TUE no introduce ningún cambio sustancial porque se limita a dar fundamento legal a una competencia que el TJCE ya venía ejerciendo de facto desde hace varios años. Sin embargo, la codificación de esta competencia por el TUE tiene una gran relevancia porque implica, de una parte, que los Estados miembros reconocen la labor del TJCE como garante los derechos fundamentales en la Unión Europea y asumen su jurisprudencia creadora, y de otra parte, que el TJCE queda legitimado para hacer valer a nivel internacional su labor como órgano jurisdiccional que garantiza la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea.

Unión¹⁴, tienden a superar el ámbito del Derecho subsidiario para equipararse en valor jurídico a los elementos de Derecho primario; 2) la Carta no crea *ex novo* un sistema desconocido de derechos fundamentales, sino que legitima y eleva al máximo valor jurídico el *corpus* que el Tribunal de Luxemburgo ha ido elaborando previa y paulatinamente a través de su jurisprudencia creadora; y 3) la Carta no representa un punto y final, sino un punto y seguido en el proceso de construcción del sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea, iniciado en 1969 con la sentencia *Stauder*. Hoy en día, la continuidad de este proceso pasa por afrontar nuevos retos, como el relativo a la concurrencia en el espacio geográfico de la Unión Europea de una pluralidad de instrumentos jurídicos vinculantes (el CEDH, la Carta y las Constituciones de los Estados miembros) que coinciden en el reconocimiento de varios derechos fundamentales y de órganos jurisdiccionales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos-TEDH, TJUE y tribunales constitucionales nacionales) que no siempre utilizan los mismos estándares de protección para garantizar su tutela¹⁵.

Las consideraciones expresadas en los párrafos anteriores alcanzan de pleno a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad que el TJUE configura como un principio general del Derecho de la Unión Europea¹⁶. Dicho principio se consagra como derecho fundamental en los tres instrumentos normativos utilizados para conformar por vía jurisprudencial el sistema de derechos fundamentales de la Unión, a saber: 1) a nivel internacional, en el art. 14 del CEDH¹⁷; 2) a nivel comunitario, en el art. 21.1 de la Carta¹⁸; y 3) a nivel interno estatal, en las Constituciones de los Estados miembros (art. 14 CE)¹⁹. En relación con los motivos de discriminación prohibidos, la edad está expresamente contemplada en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho interno de los Estados miembros²⁰, no así en el Derecho internacional²¹. Concreta-

¹⁴ El art. 6.3 del TUE, en su versión consolidada post-Lisboa, mantiene que los derechos fundamentales con origen en las dos fuentes empleadas por el TJUE (CEDH y Constituciones comunes de los Estados miembros) “formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

¹⁵ Para un análisis sobre la problemática que plantea la concurrencia en un mismo espacio geográfico (Unión Europea) de distintos niveles de protección (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TJUE y Tribunales Constitucionales de los Estados miembros) para garantizar la tutela de un mismo derecho reconocido en varios instrumentos normativos vinculantes (el CEDH, la Carta y las Constituciones nacionales) vid., por todos, ALONSO GARCÍA, R.: *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2014; y CARMONA CONTRERAS, A.M^a: “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pgs. 13-40.

¹⁶ En este sentido, vid., SSTJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005 (Asunto C-144/04. Caso Mangold. Apartado 75), 19 de enero de 2010 (Asunto C-555/07. Caso Kücükdeveci. Apartado 21), 13 de septiembre de 2011 (Asunto C-447/09. Caso Prigge y otros. Apartado 38) y 19 de abril de 2016 (Asunto C-441/14. Caso Dansk Industri. Apartado 22).

También, vid., SSTJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011 (Asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10. Casos Hennigs y Berlin. Apartado 47), 26 de septiembre de 2013 [Asunto C-476/11 (Caso HK Danmark. Apartados 19 y 45) y Asunto 546/11 (Caso Dansk Jurist- og Økonomforbund. Apartado 40)] y 13 de noviembre de 2014 (Asunto C-416/13. Caso Vital Pérez. Apartado 24).

¹⁷ El art. 14 de la CEDH lleva por título “Prohibición de discriminación”, y señala que “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

¹⁸ El art. 21.1 de la Carta prohíbe “toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

¹⁹ El art. 14 de la CE reconoce el derecho a la igualdad 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”.

²⁰ En el caso de España, aunque el art. 14 de la CE no menciona la edad entre los motivos personales de discriminación, el TC no ha dudado nunca en incluirla dentro de la cláusula abierta del precepto constitucional referida a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, señalando que ese carácter de circunstancia per-

mente, el art. 14 del CEDH (y su Protocolo núm. 12) prohíbe toda discriminación, especialmente por una serie de motivos personales entre los que omite el relativo a la edad. No obstante, se trata de una lista motivos *numerus apertus* que posibilita la inclusión de “cualquier otra condición”, como la edad.

II. LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE EN ORDEN A GARANTIZAR LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE EDAD

1. INTRODUCCIÓN

En el marco del Derecho de la Unión Europea, el art. 21.1 de la Carta consagra el principio de igualdad de trato y no discriminación por edad como derecho fundamental, y la Directiva 2000/78/CE lo concreta en los ámbitos del empleo y la ocupación²². Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) señala que la Unión, al definir y ejecutar sus po-

sonal debe predicarse de la edad. En este sentido, vid., SSTC de 3 de agosto de 1983 (STC 75/1983. FJ 3), 7 de marzo de 1984 (STC 31/1984. FJ 10), 4 de octubre de 2011 (STC 200/2001. FJ 4) y 11 de marzo de 2004 (RTC 37/2004. FJ 3). En el mismo sentido, las SSTC de 16 de mayo de 2011 (RTC 63/2011. FJ 3), 6 de junio de 2011 (STC 79/2011. FJ 3), 4 de julio de 2011 (RTC 117/2011. FJ 4) y 19 de octubre de 2011 (RTC 161/2011. FJ 4), relativas que declaran la nulidad del precepto legal que impide participar en los procedimientos de instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de 65 años de edad.

Más allá del art. 14 de la CE, diversas normas legales y reglamentarias prohíben expresamente la discriminación por razón de edad. Por ejemplo, y referidas al ámbito del empleo y la ocupación, el RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), reconoce a los trabajadores el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados por, entre otras razones, la edad [art. 4.2.c) ET], y señala que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad” (art. 17.1.párrafo 1º ET).

²¹ El art. 14 de la CEDH no incluye la edad entre los motivos personales de discriminación prohibidos, como tampoco lo hacen otros textos internacionales. Sin embargo, ello nada impide incluirla por la cláusula *numerus apertus* que contienen al referirse a “cualquier otra condición”. En el seno de Naciones Unidas se han adoptado varios textos en este sentido. Así, el art. 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) señala que “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. En términos idénticos se pronuncia el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966), al disponer que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Igualmente, el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En el seno de la OIT se han adoptado Convenios que prohíben la discriminación por una serie de motivos entre los que no se figura expresamente la edad, aunque cabe incluirla por la vía de la cláusula *numerus apertus*. En este sentido, el art. 1.1.a) del Convenio de la OIT núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958), señala que la discriminación comprende “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. La edad como motivo de discriminación en materia de empleo y ocupación queda incluida por la vía del art. 1.1.b) del referido convenio al añadir que la discriminación también comprende “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia...”.

²² La STJUE (Sala Sexta) de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-539/15. Caso Bowman), señala que la Directiva 2000/78/CE “concreta en materia de empleo y ocupación el principio de no discriminación por razón de la edad” (apartado 19). En el mismo sentido, vid., SSTJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005 (Asunto C-144/04.

líticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por edad (art. 10), al tiempo que faculta al Consejo para adoptar acciones adecuadas contra la discriminación por edad (art. 19).

El art. 2.1 de la Directiva 2000/78/CE define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los cuatro motivos personales siguientes²³: 1) religión o convicciones, 2) discapacidad, 3) edad y 4) orientación sexual. El objeto de la Directiva es establecer un marco general para garantizar a todas las personas la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ofreciéndoles una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en alguno de los motivos que expresamente contempla, la edad²⁴.

Llegados a este punto conviene analizar la eficacia jurídica de la Directiva 2000/78/CE en orden a garantizar la plena igualdad de trato y la ausencia de toda discriminación por edad en materia de empleo y ocupación, y de modo muy especial su posible eficacia en los relaciones entre particulares (“efecto directo horizontal”).

2. LA DIRECTIVA 2000/78/CE CARECE DE EFICACIA DIRECTA

La directiva, al igual que el reglamento comunitario, es una norma de Derecho derivado vinculante, pero, a diferencia de este, no se integra automáticamente en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro y carece de eficacia directa, es decir, no resulta directamente aplicable en los Estados miembros que, como sujetos destinatarios de la misma, elegirán la forma y los medios para transponerla en plazo al Derecho interno (art. 288 TFUE). En este sentido, la Directiva 2000/78/CE carece de eficacia directa y los Estados miembros, como destinatarios de la misma (art. 21 Directiva 2000/78/CE), tuvieron que adoptar en su día, dentro del plazo de transposición habilitado al efecto²⁵, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas

Caso Mangold. Apartado 75), 19 de enero de 2010 (Asunto C-555/07. Caso Küçükdeveci. Apartado 21), 13 de septiembre de 2011 (Asunto C-447/09. Caso Prigge y otros. Apartado 48) y 11 de noviembre de 2014 (Asunto C-530/13. Caso Schmitzer. Apartado 23). También vid., SSTJUE (Sala Segunda) de 8 de septiembre de 2011 (Asunto 546/11. Caso Dansk Jurist- og Økonomforbund. Apartado 40), 7 de junio de 2012 (Asunto C-132/11. Caso Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt. Apartado 22), 6 de diciembre de 2012 (Asunto C-151-11. Caso Odar. Apartado 34), 26 de septiembre de 2013 (Asunto C-476/11. Caso HK Danmark. Apartados 19 y 45), 13 de noviembre de 2014 (Asunto C-416/13. Caso Vital Pérez. Apartado 24) y 21 de enero de 2015 (Asunto C-529/13. Caso Felber. Apartado 16).

La STJUE (Gran Sala) de 19 de abril de 2016 (Asunto C-441/14. Caso Dansk Industri. Apartado 23), precisa que “la Directiva 2000/78 no consagra por sí misma el principio general de no discriminación por razón de la edad, sino que se limita a concretarlo en materia de empleo y de trabajo”, y añade que, “al aprobar esta Directiva, el legislador de la Unión Europea quiso definir un marco más preciso, destinado a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de trato”.

²³ El TJUE ha declarado que el ámbito de aplicación de la Directiva no alcanza por analogía a situaciones de discriminación basadas en otros motivos distintos de los enumerados con carácter exhaustivo en su art. 1. En este sentido, vid., SSTJUE (Gran Sala) de 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/05. Caso Chacón Navas. Apartado 56) y 17 de julio de 2008 (Asunto C-303/06. Caso Coleman. Apartado 46), y STJUE (Sala Cuarta) de 18 de diciembre de 2014 (Asunto C-354/13. Caso Fag og Arbejde. Apartado 36).

²⁴ Por todas, vid., SSTJUE (Sala Primera) de 2 de junio de 2016 (Asunto C-122/15. Caso C. Apartado 19) y 28 de julio de 2016 (Asunto C-423/15. Caso Kratzer. Apartado 32); SSTJUE (Sala Segunda) de 18 de noviembre de 2010 (Asuntos acumulados C-250/09 y C-251/09. Apartado 26) y 13 noviembre de 2014 (Asunto C-416/13. Caso Vital Pérez. Apartado 28); STJUE (Sala Tercera) de 18 de junio de 2009 (Asunto C-88/08. Caso Hütter. Apartado 33); y STJUE (Sala Sexta) de 10 de noviembre de 2016 (Asunto C-548/15. Caso De Lange. Apartado 16).

²⁵ El art. 18 de la Directiva 2000/78/CE, junto al plazo general de transposición de 3 años (hasta el 2 de diciembre de 2003), dispone un plazo adicional de 3 años (hasta el 2 de diciembre de 2006) para transponer las disposiciones relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad, no así las relativas a los otros dos motivos previstos en su art. 1 (religión o convicciones y orientación sexual). Cinco países (Bélgica, Alemania, Países Bajos, Suecia y Reino Unido) comunicaron a la Comisión Europea su deseo de utilizar el plazo de transposición adicional (hasta el 2 de diciembre de 2006) para transponer las disposiciones de la Directiva en materia de igualdad de trato y no discriminación por edad. Por su parte, Dinamarca comunicó la intención de ampliar el plazo ordinario de transposición un año más, hasta el 2 de diciembre de 2004.

necesarias para cumplir sus objetivos. En el caso de España, la transposición se llevó a cabo a través de la Ley 62/2003, que modificó diversas normas para adaptar su contenido a la Directiva, lo cual supuso²⁶, en palabras del TC, “un refuerzo de la protección contra la discriminación por razón de edad”²⁷.

Conviene subrayar que el art. 153.3 del TFUE, con carácter general, y el art. 18.párrafo 1º de la Directiva 2000/78/CE, de modo particular para el ámbito de la igualdad de trato en materia de empleo y la ocupación, posibilitan que los interlocutores sociales pueden transponer la Directiva al Derecho interno del Estado miembro a través de la negociación colectiva. La transposición convencional de la Directiva está sujeta a los siguientes condicionantes: 1) es voluntaria para el Estado miembro, es decir, el Estado decide si asume la transposición o si delega esta tarea en los interlocutores sociales; 2) se activa a petición conjunta de los interlocutores sociales, es decir, si una de las partes sociales veta la petición, no cabe la delegación estatal; y 3) el Estado debe supervisar la transposición, es decir, debe controlar que las organizaciones empresariales y sindicales cumplan con la transposición en plazo y, en su caso, adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar los objetivos y resultados que fija.

Llegados a este punto, cabe plantearse qué sucede cuando un Estado miembro no cumple adecuadamente con la transposición de la Directiva al Derecho interno. Concretamente, se cuestiona si el principio de igualdad de trato y no discriminación por edad que la Directiva 2000/78/CE concreta en el ámbito del empleo y la ocupación puede ser invocado por los particulares no solo frente al Estado incumplidor, sino también frente a otro particular. En definitiva, la cuestión pasa por determinar si el trabajador puede invocar de algún modo la Directiva 2000/78/CE para hacer valer la igualdad de trato y no discriminación laboral frente al empresario, ya sea público (sector público) o privado (sector privado). El TJUE ha habilitado hasta tres mecanismos, uno subsidiario del otro, para garantizar la tutela de la igualdad, a saber: 1) la interpretación flexible del “efecto directo vertical”, 2) la interpretación del Derecho interno conforme a la Directiva 2000/78/CE (y a la jurisprudencia comunitaria que la interpreta), y 3) la inaplicación del Derecho interno incompatible con la Directiva 2000/78/CE.

3. LA DIRECTIVA 2000/78/CE PRODUCE “EFECTO DIRECTO VERTICAL”

El TJUE señaló hace años que una directiva, aunque carece de eficacia directa, produce “efecto directo vertical”, de modo que los particulares pueden invocarla directamente ante los órganos judiciales nacionales para hacer valer los derechos que reconoce la directiva frente al Estado incumplidor. Para ello es necesario que las disposiciones de la directiva sean claras, precisas e incondicionales y, además, que el Estado miembro: 1) no haya transpuesto; 2) haya transpuesto incorrectamente; o 3) haya transpuesto correctamente la directiva al Derecho interno, pero este no se aplique adecuadamente para alcanzar el resultado que persigue la directiva. En este sentido, la Directiva 2000/78/CE es susceptible de producir “efecto directo vertical” si un Estado miembro incumplió su deber de transponer, porque cuenta con disposiciones claras, precisas e incondicionales.

Una directiva también produce “efecto directo vertical” cuando el Estado miembro delega en los interlocutores sociales la tarea de transponerla al Derecho interno y estos no cumplen tal cometido. En tal caso, los particulares puedan invocarla ante los jueces y tribunales nacionales con el fin de hacer valer su contenido frente al Estado. Ello es así porque, como ya se ha indicado más arriba, el Estado debe comprobar que los interlocutores sociales han establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias para la correcta transposición (art. 153.3 TFUE); cuando las organizaciones empresariales y sindicales no transponen adecuadamente una di-

²⁶ Vid., arts. 27 a 43 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre).

²⁷ STC de 9 de octubre de 2006 (RTC 280/2006. FJ 5).

rectiva al ordenamiento interno, es el Estado quien, en última instancia, debe transponer²⁸. El Estado es el destinatario de la directiva y quien tiene el deber de transponer, con independencia de que asuma directamente dicha tarea o decida delegarla en los interlocutores sociales. El Estado no puede negar a un particular el resultado de la Directiva 2000/78/CE, escudándose para ello en su propio incumplimiento ni en el de los interlocutores sociales²⁹. En conclusión, la Directiva 2000/78/CE produce “efecto directo vertical” entre el Estado y los particulares no solo cuando el Estado asume directamente el deber de transponer y lo incumple, sino también en situaciones triangulares, esto es, cuando el Estado delega el cumplimiento de su deber en los interlocutores sociales y son estos quienes lo incumplen. En relación con esta cuestión, destacan las Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia (Mazák) en el caso *Palacios de la Villa*, al afirmar que “el concepto de Estado, tal como lo define el Tribunal de Justicia en relación con el “efecto directo vertical”, es lo suficientemente amplio como para abarcar también a los agentes sociales –que cumplen una función pública en la adopción de los convenios colectivos–, entendidos como emanación del Estado”³⁰.

El TJUE ha realizado una interpretación extensiva del “efecto directo vertical” en un doble sentido. Por una parte, los particulares pueden invocar directamente una directiva frente al Estado no solo cuando actúa como legislador obligado a transponer, sino también cuando lo hace como empleador (empleo público). Por otra parte, cuando una directiva se invoca directamente frente al Estado empleador, el concepto de Estado no se limita a la Administración General del Estado (AGE), sino que también alcanza a cualesquiera Administraciones Públicas e incluso a cualesquiera entidades del sector público. Esta interpretación extensiva del “efecto directo vertical”³¹ alcanza de lleno a la Directiva 2000/78/CE porque, como indica su art. 3.1, se aplica tanto en el sector público como en el privado. Por tanto, en caso de que haya un Estado incumplidor, los empleados públicos (o quienes aspiran a la función pública) pueden invocar directamente la Directiva 2000/78/CE frente a la Administración Pública empleadora para hacer valer la igualdad de trato y no discriminación por edad en la relación de empleo público.

Si el Estado no cumple adecuadamente el deber de transponer, los particulares afectados pueden instar la reclamación de daños y perjuicios. Por tanto, el trabajador perjudicado puede ejercer la acción de responsabilidad patrimonial frente al Estado como parte del “efecto directo vertical”³², porque también en este caso la relación es vertical (Estado-particular).

²⁸ En este sentido, vid., por todos, LAHERA FORTEZA, J.: *Normas laborales y contratos colectivos*, Reus, Madrid, 2008, pgs. 171-174.

²⁹ Cuestión distinta es la responsabilidad que el Estado pueda exigir a los interlocutores sociales por no haber cumplido con la delegación.

³⁰ Vid., el apartado 121 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák, presentadas el 15 de febrero de 2007, en el asunto C-411/05 (Caso Palacios de la Villa).

³¹ El Abogado General del Tribunal de Justicia (Jääskinen) declara, en las Conclusiones del Asunto 98/09 (Caso Sorge), que “Según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede ser invocada frente a un particular, mientras que sí puede serlo contra el Estado, con independencia de la calidad en la que éste actúe, empresario o autoridad pública”.

³² Señala MÉNÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78/CE”, ob. cit., que “cuando un particular no puede hacer efectivo un derecho conformado en una Directiva como consecuencia de un actuar negligente del Estado, que no la ha transpuesto debidamente, este debe reparar del daño causado. Este resarcimiento se condiciona a la concurrencia de tres requisitos, a saber: que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares; que el contenido de esos derechos pueda determinarse basándose en la disposiciones de la Directiva; y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas”.

4. LA DIRECTIVA 2000/78/CE NO PRODUCE “EFECTO DIRECTO HORIZONTAL”, PERO LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA HA HABILITADO MECANISMOS PARA HACER VALER SU CONTENIDO EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

“Cuando la disposición de una directiva satisface el requisito sustantivo de no estar sujeta a condiciones y de ser lo suficientemente precisa, los particulares pueden, por regla general, invocarla contra una autoridad pública (efecto vertical directo), pero no contra otro particular (efecto horizontal directo)”³³. En definitiva, la Directiva 2000/78/CE produce “efecto directo vertical”, pero carece de “efecto directo horizontal”. Así, un trabajador no puede invocar ante los jueces y tribunales nacionales la aplicación directa de la Directiva 2000/78/CE frente a un empleador privado para exigirle el cumplimiento de la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad, porque el destinatario y obligado por la Directiva no es el empresario privado, sino el Estado que incumple el deber de transposición, ex art. 18 de la Directiva.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Luxemburgo ha habilitado mecanismos que permiten hacer valer el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad en las relaciones entre particulares. En definitiva, el Tribunal de Justicia no se limita a declarar que la Directiva 2000/78/CE carece de “efecto directo horizontal”, sino que trata de compensar la inexistencia de tal efecto con la puesta en marcha de otros mecanismos alternativos, a saber³⁴: 1) la interpretación del Derecho interno conforme a la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia comunitaria que acompaña a la misma (“principio de interpretación conforme”) y 2) la inaplicación del Derecho interno que resulta incompatible con la Directiva 2000/78/CE (“principio de inaplicación del Derecho interno contrario al Derecho de la Unión Europea”).

Primer mecanismo: “principio de interpretación conforme”. Cuando la Directiva 2000/78/CE no produce efecto directo vertical, por tratarse de un litigio entre particulares (empresa privada y trabajador), entra en juego el “principio de interpretación conforme”. La jurisprudencia comunitaria obliga a los tribunales nacionales a interpretar el Derecho nacional conforme al espíritu y finalidad de la Directiva 2000/78/CE. Los tribunales nacionales deben considerar el conjunto de normas de Derecho interno y sus métodos de interpretación para tratar de alcanzar una solución que resulte conforme al objetivo perseguido por la Directiva, es decir, acorde con el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad y con la interpretación que el Tribunal de Justicia hace del mismo en el ámbito del empleo y la ocupación³⁵. El máximo exponente del “principio de interpretación conforme” en el Derecho interno español es el art. 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, que exige a los Jueces y Tribunales españoles aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

Segundo mecanismo: “principio de inaplicación de la norma nacional contraria al Derecho de la Unión Europea”. La jurisprudencia comunitaria ha dado un paso muy importante hacia la consagración del “efecto directo horizontal” de la Directiva 2000/78/CE al señalar que si no es posible interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho de la Unión Europea, los tribunales nacionales deben dejar de aplicar la norma nacional que es incompatible con la re-

³³ Vid., el apartado 110 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Ján Mazák, presentadas el 15 de febrero de 2007, en el asunto C-411/05 (Caso Palacios de la Villa).

³⁴ Sobre el significado y alcance de los mecanismos habilitados por el Tribunal de Luxemburgo para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y no discriminación por edad a falta de transposición adecuada, vid., por todos, ALZAGA RUIZ, I.: *La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral*, Thomson-Reuters, Madrid, 2009; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78 (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI-Ajos A/S – vs *Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 38, 2016; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Efecto directo e invocabilidad *inter privatos* de las directivas laborales”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2010; y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima”, *Trabajo y Derecho*, núm. 1, 2016.

³⁵ Vid., apartado 57 de las Conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokkot, presentadas el 6 de mayo de 2010, en el Asunto C-104/09 (Caso Roca Álvarez) así como la jurisprudencia comunitaria que cita.

ferida Directiva. En las sentencias *Mangold*³⁶, *Kücükdeveci*³⁷, *Prigge*³⁸ y *Dansk Industri*³⁹, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado que, en los litigios entre particulares, los tribunales nacionales deben dejar de aplicar cualquier disposición de Derecho nacional que resulte contraria a un principio general del Derecho de la Unión y, más concretamente, cuando resulte contraria al principio de no discriminación por razón de edad. Nótese que este criterio no alcanza al principio de igualdad de trato y no discriminación por motivos diferentes a la edad, ni tampoco a otras directivas en materia de política social como, por ejemplo, la Directiva 2003/88/CE⁴⁰. En fin, conviene puntualizar que este mecanismo (“inaplicación de la norma nacional contraria a la Directiva 2000/78/CE”) no consagra propiamente el “efecto directo horizontal” de la Directiva, sino la “eficacia directa” del principio de igualdad de trato y no discriminación por edad que regula en tanto que está dotado de la cualidad de derecho fundamental por el art. 21.1 de la Carta⁴¹.

5. PRIMERAS CONCLUSIONES SOBRE LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE

Llegados a este punto, conviene adelantar dos conclusiones sobre la eficacia de la Directiva 2000/78/CE en orden a garantizar la igualdad de trato y no discriminación en las relaciones de empleo:

- La plena eficacia del principio de igualdad de trato y no discriminación por edad en las relaciones de empleo público queda garantizada, en última instancia, gracias a la interpretación flexible del “efecto directo vertical” que alcanza a la Directiva 2000/78/CE, de aplicación en el sector público (art. 3.1 Directiva 2000/78/CE). En las relaciones de empleo público no es preciso acudir, en principio, a criterios subsidiarios al “efecto directo vertical” para garantizar el referido principio, como son el de “interpretación conforme”, y menos todavía el de “inaplicación de la norma nacional”, porque el empleado público puede invocar la Directiva directamente frente al empleador público para hacer valer su derecho. Sin embargo, como habrá ocasión de exponer a continuación, el principio a la igualdad de trato y no discriminación por edad en el empleo público encuentra un problema que no se resuelve acudiendo a una interpretación flexible del “efecto directo vertical”, y es el relativo a cómo garantizarlo a la vista de las múltiples excepciones que admite (arts. 2.5, 3.4, 4.1 y 6.1 Directiva 2000/78/CE), problema que, por cierto, también alcanza, aunque en menor medida, a las relaciones horizontales (entre trabajador y empresa privada).
- La plena eficacia del principio de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones de empleo entre particulares no pasa por el “efecto directo vertical” de la Directiva 2000/78/CE, limitado al empleo público, sino que depende, en última instancia, de la acción de los órganos jurisdiccionales nacionales, a quienes corresponde aplicar e interpretar el Derecho interno conforme al Derecho de la Unión Europea o, si ello no resultara posible por ser contrario al Derecho de la Unión Europea, dejar de aplicarlo. Por tanto, junto a la actividad pretoriana del TJUE, también destaca la labor de los jueces y tribunales nacionales como garantes del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad en materia de empleo y ocupación, primero cooperando con el Tribunal de Luxemburgo a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales que ayudan a interpretar la Directiva 2000/78/CE, y después resolviendo los conflictos entre particulares asumiendo la jurisprudencia comunitaria que interpreta la Directiva 2000/78/CE; tarea nada sencilla porque la concurrencia en el espacio geográfico de la Unión Europea de

³⁶ STJUE (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2005 (Asunto C-144/04).

³⁷ STJUE (Gran Sala) de 19 de enero de 2010 (Asunto C-555/07).

³⁸ STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011 (Asunto C-447/09).

³⁹ STJUE (Gran Sala) de 19 de abril de 2016 (Asunto C-441/14).

⁴⁰ Vid., SSTS, Sala Social, de 8 de junio de 2016 (RCO 207/2015).

⁴¹ En sentido similar, vid., STS, Sala Social, de 17 de octubre de 2016 (recurso de casación ordinaria núm. 36/2016. FJ 7).

varios instrumentos normativos vinculantes (el CEDH, la Carta y las Constituciones nacionales) y de varios de órganos jurisdiccionales (TEDH, TJUE y Tribunales Constitucionales nacionales) puede conducir a que un principio y derecho fundamental, como es el de igualdad de trato y no discriminación por edad, cuente con diferentes estándares de protección en las jurisdicciones internacional (TEDH), nacional (TC) y europea (TJUE).

III. LA EFICACIA DE LA DIRECTIVA 2000/78/CE EN ORDEN A GARANTIZAR LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE EDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Dentro del contexto de la población activa (16 años y más), en general, y de la población en edad laboral (desde 16 años hasta la edad de jubilación ordinaria), en particular, destacan los cambios normativos y jurisprudenciales que en los últimos años se vienen acometiendo con el fin de garantizar la ausencia de toda discriminación por edad en el ámbito del empleo y la ocupación; cambios que responden en buena parte a la necesidad de adaptar el Derecho interno español al contenido de la Directiva 2000/78/CE y a la interpretación que el Tribunal de Luxemburgo hace de la misma. Uno de los problemas más comunes que plantea la Directiva es el relativo a las excepciones al principio de igualdad de trato y no discriminación por edad; dicho de otro modo: el uso que las legislaciones nacionales hacen de la edad como criterio de diferenciación jurídica en las relaciones de empleo y la exigencia de justificar tal diferencia para que no resulte discriminatoria.

La Directiva 2000/78/CE faculta a los Estados miembros para introducir, tanto en el empleo público como en el privado, diferencias de trato por edad en los tres casos siguientes:

- Cuando sea necesario para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 2.5 Directiva 2000/78/CE).
- Cuando, debido a la naturaleza de una concreta actividad profesional o al contexto en que esta se realiza, la edad constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo de la actividad sea legítimo y el requisito de edad proporcionado (art. 4.1 Directiva 2000/78/CE).
- Cuando la diferencia de trato por edad esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y además los medios empleados sean adecuados y no exceden de lo necesario para alcanzar la finalidad legítima perseguida (art. 6.1 Directiva 2000/78/CE).

Además, los Estados miembros están facultados para no aplicar la Directiva a las Fuerzas Armadas en lo que respecta a la discriminación basada en la edad (art. 3.4 Directiva 2000/78/CE).

La práctica totalidad de los Estados miembros tuvieron que derogar/modificar, dentro del plazo de transposición, alguna disposición normativa relacionada con la edad en materia de empleo y ocupación con el fin de adaptarla al contenido de la Directiva 2000/78/CE. Actualmente, la mayoría de las legislaciones nacionales contienen alguna diferencia de trato por edad, siendo una de las más habituales la relativa a los límites máximos de edad para acceder a determinados trabajos, especialmente en la función pública. En 2014, la Comisión Europea señaló que las excepciones indicadas más arriba dejan un considerable margen de maniobra a los Estados miembros, lo cual ha llevado a los órganos jurisdiccionales nacionales a plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Luxemburgo para que interprete su significado y alcance⁴².

⁴² En este sentido, vid., Informe conjunto de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 17 de enero de 2014, sobre “La aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación

La jurisprudencia comunitaria ha permitido al legislador y a los órganos jurisdiccionales nacionales conocer mejor los criterios de admisibilidad de los límites máximos de edad en el acceso al empleo, pero también les ha obligado a tener que revisar las legislaciones nacionales para examinar su conformidad con el principio de igualdad de trato y no discriminación por edad. En 2008, la Comisión Europea alertaba de que algunos Estados miembros contemplan en su legislación laboral excepciones de carácter general a la discriminación por edad que van más allá de los límites que marca la Directiva 2000/78/CE, y lamentaba que solo unos pocos hubieran estudiado exhaustivamente la conformidad de su Derecho interno con la Directiva⁴³. En febrero de 2016, un estudio publicado por el Parlamento Europeo subrayaba la confusión permanente que existe en torno a la legalidad de ciertas previsiones normativas y prácticas existentes que admiten diferencias de trato por edad en materia de empleo y ocupación, y que es debida a la escasa discusión y a la falta de revisión de la legislación nacional en algunos Estados miembros⁴⁴.

En relación con el acceso a la función pública en España, hay que partir del art. 23.3 de la CE, que reconoce a los ciudadanos el “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”, y del art. 103 de la CE, que encarga al legislador la tarea de regular el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Lo dispuesto en la Carta Magna se plasma en el art. 55.1 del EBEP, que reconoce a todos los ciudadanos el “derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. En relación con los requisitos para participar en los procesos selectivos de acceso a la función pública, el art. 56.1.c) del EBEP fija una edad mínima (16 años) y una edad máxima (la de jubilación forzosa⁴⁵), y añade que “Solo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público”. Diversas normas que regulan los procesos selectivos de acceso a diferentes Cuerpos y Escalas, tanto de la AGE como de las Administraciones autonómica y local, fijan edades máximas inferiores a la de jubilación forzosa. Llegados a este punto, la cuestión pasa por determinar si esos límites máximos de edad están justificados desde el punto de vista de la igualdad o si, por el contrario, resultan discriminatorios y, por tanto, contrarios a la Directiva 2000/78/CE.

Los Estados miembros tuvieron que transponer en plazo el contenido de la Directiva (art. 18 Directiva 2000/78/CE), lo cual llevó al legislador español a tener que modificar/derogar los preceptos de varias normas preexistentes que fijan límites máximos de edad en el acceso a la función pública. Una vez expirado el plazo de transposición y a la luz de la jurisprudencia comunitaria que interpreta las excepciones de la Directiva 2000/78/CE, los Estados miembros

del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (“Directiva de igualdad racial”) y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (“Directiva de igualdad en el empleo”), COM (2014) 2 final, pg. 14.

⁴³ Vid., Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 19 de junio de 2008, sobre la “Aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, COM (2008) 225 final, pg. 5.

⁴⁴ Vid., TYMOWSKI, J.: *The Employment Equality Directive. European Implementation Assessment*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2016, pgs. 35-43. En esta misma línea, el apartado 59 de la propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (“Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo”), recogió la petición dirigida a los Estados miembros para que lleven a cabo una revisión de los límites de edad para el ejercicio de determinadas profesiones y puestos, y que eliminen dichas restricciones. Sin embargo, esta petición no quedó finalmente incluida en la Resolución definitiva, del 15 de septiembre de 2016.

⁴⁵ Con carácter general, el art. 67.3.párrafo 1º del EBEP fija en 65 años la edad de jubilación forzosa. No obstante, el art. 67.3.párrafo 2º del EBEP contempla la posibilidad de solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta los 70 años de edad; todo ello, añade el art. 67.3.párrafo 3º del EBEP, sin perjuicio de las normas estatales que fijen edades específicas de jubilación forzosa para determinados funcionarios.

deben adoptar las medidas necesarias para que “se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato” [art. 16.a) Directiva 2000/78/CE], lo cual ha supuesto, en el caso de España, que: 1) el legislador español revise las normas que introducen límites máximos de edad en el acceso a la función pública, tanto anteriores como posteriores a la Directiva, 2) el TS enjuicie su legalidad, y 3) el TC examine su constitucionalidad. El resultado, nada desdeñable, ha sido que: 1) el legislador ha modificado/derogado los preceptos de algunas normas; 2) el TS ha cambiado su jurisprudencia, declarado la nulidad de los preceptos de otras normas (no modificados/derogados por el legislador) y declarado la nulidad de un buen número de resoluciones administrativas que convocan procesos selectivos de acceso al empleo público por el turno libre; y 3) el TC ha declarado, en ocasiones, la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de algunas normas⁴⁶; todo ello para que el Derecho español sobre acceso a la función pública sea conforme no solo con los arts. 14, 23.3 y 103 de la CE y la jurisprudencia constitucional que los interpreta, sino también con la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia comunitaria que la interpreta. El proceso de adaptación del Derecho interno al Derecho de la Unión Europea en esta materia no ha terminado, porque falta por revisar la conformidad de algunas normas y porque un cambio de criterio en la jurisprudencia comunitaria puede obligar, como de hecho ha ocurrido, a revisar de nuevo las normas y la jurisprudencia españolas para adaptarlas una vez más al Derecho de la Unión Europea.

Merece la pena entrar a analizar los supuestos en que por vía legal, jurisprudencial o constitucional se han examinado los límites máximos de edad para el acceso a la función pública. Sin embargo, tal propósito se extralimita del contenido de estas páginas. Por ello, y con el fin de ilustrar las ideas expresadas en los párrafos precedentes, se hará una breve referencia al requisito de edad para participar en los procesos selectivos de acceso a: 1) las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Cuerpo Nacional de Policía-CNP y Guardia Civil), de las Comunidades Autónomas (Policías Autonómicas⁴⁷) y de las Corporaciones Locales (Policías Locales); y 2) las Fuerzas Armadas integradas por la acción del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Como habrá ocasión de exponer a continuación, el TS, al pronunciarse sobre la legalidad de las normas que fijan límites de edad máxima para participar en procesos selectivos de acceso a la función pública, ha partido de la Directiva 2000/78/CE y de los arts. 23.3 y 103 de la CE, ha tenido en cuenta la naturaleza del cuerpo (o escala) al que se refería el acceso y ha diferenciado a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de los Cuerpos Generales de las Fuerzas Armadas.

La normativa reguladora del acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha venido exigiendo que los aspirantes tuvieran una edad mínima (18 años) y una edad máxima fijada en función del Cuerpo y Escala y siempre muy inferior a la edad máxima de jubilación forzosa que establece el art. 56.1.c) del EBEP. Durante un tiempo, el límite máximo de edad, como requisito para participar en los procesos selectivos, no fue cuestionado y se fundamentaba en el art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE: 1) por considerarse un requisito profesional esencial y determinante para el desempeño de las funciones inherentes al puesto⁴⁸ y 2) por la necesidad de alcanzar

⁴⁶ Vid., STC de 11 de marzo de 2004 (RTC 37/2004), que declara la inconstitucionalidad y nulidad, por discriminatorio, del art. 135.B) del RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (BOE núm. 96, de 22 de abril). Cfr., STC de 1 de marzo de 2012 (RTC 29/2012), que declara la validez del art. 46 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de coordinación de policías locales, que introduce un límite máximo de edad para participar en los procesos selectivos por el turno de movilidad con ascenso a los Cuerpos de Policía Local de Andalucía. También, vid., STC de 3 de agosto de 1983 (RTC 78/1983).

⁴⁷ Las Comunidades Autónomas que cuentan con un Cuerpo de Policía son las tres: 1) Cataluña (Mossos d'Esquadra/Mozos de Escuadra), 2) Navarra (Policía Foral) y 3) País Vasco (Ertzaintza).

⁴⁸ El desempeño de las funciones propias de determinados puestos de trabajo requiere contar con capacidades físicas elevadas, y sabido es que la posesión de una capacidad física determinada es una característica relacionada con la edad. En este sentido, y referidas a límites máximos de edad en el acceso puestos de bombero y policía (local y autonómica), vid., SSTJUE (Gran Sala) de 12 de enero de 2010 (Asunto C-229/08. Caso Wolf. Apartado 41) y 15 de noviembre de 2016 (Asunto C-258/15. Caso Salaberría Sorondo. Apartado 34); y STJUE (Sala Segunda) de 13 de noviembre de 2014 (Asunto C-416/13. Asunto Vital Pérez. Apartado 37).

con ello un objetivo legítimo, que es el de garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del correspondiente Cuerpo (CNP, Guardia Civil, etc.). Sin embargo, de un tiempo a esta parte se ha cuestionado, no tanto la fijación de un límite máximo de edad, sino cuál deba ser ese límite. Un punto de inflexión en esta materia lo constituyen la sentencia *Vital Pérez*⁴⁹ y la sentencia *Salaberría Sorondo*⁵⁰, ambas dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles.

En la sentencia *Vital Pérez*, el Tribunal de Luxemburgo declaró que resulta contrario a la Directiva 2000/78/CE fijar en 30 años el límite máximo de edad para participar en el proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento de Oviedo para la provisión de 15 plazas de Agente de Policía Local. El Tribunal de Justicia argumenta que la naturaleza de algunas funciones de agente de Policía Local exige una aptitud física específica, de ahí que el límite máximo de edad puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante, ex art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE (apartados 38 a 41); y añade que el límite máximo de edad responde a un fin legítimo, que es garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de Policía Local (apartados 42 a 44). Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que el límite máximo de edad fijado (30 años) no supera el juicio de proporcionalidad, porque la capacidad física específica exigida para el ejercicio de las funciones de agente de Policía Local, no siempre excepcionalmente elevada, permite elevar la edad máxima permitida. Por su parte, en la sentencia *Salaberría Sorondo*, el Tribunal de Justicia aplica la misma doctrina y llega a distinto resultado, a saber: declara que no resulta contrario a la Directiva 2000/78/CE fijar en 35 años el límite máximo de edad para participar en el proceso selectivo de acceso a plazas de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza (Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco), porque tal límite de edad guarda proporción con la capacidad física requerida para el desempeño de las funciones que tienen encomendadas los agentes de la Ertzaintza.

La doctrina que recogen las sentencias *Vital Pérez* y *Salaberría Sorondo* ha tenido un gran impacto sobre la legislación española no solo porque el Tribunal de Justicia la elaboró en respuesta a sendas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles⁵¹, sino también porque obliga a replantear y revisar el régimen jurídico español de acceso a la función pública, y en especial la normativa estatal y autonómica que fija límites máximos de edad para el acceso a numerosos empleos públicos⁵². La correcta adaptación de la legislación española a la Directiva 2000/78/CE exige tener en cuenta que una cosa es que la capacidad física requerida para un puesto justifique la fijación de un límite máximo de edad, y otra distinta cuál deba ser ese límite, que varía según se requiera una capacidad física elevada, muy elevada o excepcionalmente elevada; se trata de aplicar correctamente el juicio de proporcionalidad.

⁴⁹ STJUE (Sala Segunda) de 13 de noviembre de 2014 (Asunto C-416/2013). Para un análisis de la sentencia *Vital Pérez*, vid., FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: "Principio de no discriminación y edades máximas de acceso al trabajo. A propósito de la STJUE de 13 de noviembre de 2014 (*Vital Pérez*), que declara contrario al ordenamiento comunitario el tope de edad de 30 años exigido para el ingreso en un Cuerpo de Policía Local", *La Ley Unión Europea*, núm. 24, 2015, pgs. 33-47; y REQUENA CASANOVA, M.: "Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia del TJUE *Vital Pérez* C. Ayuntamiento de Oviedo", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016.

⁵⁰ STJUE (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2016 (Asunto C-258/15). Para un análisis de la sentencia *Salaberría Sorondo*, vid., SOLDEVILLA FRAGOSO, S.: "La Ertzaintza y los 35 años", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2017.

⁵¹ Señala MIRANDA BOTO, J.M^a: "Algunas observaciones sobre la cuestión prejudicial y su relevancia en el orden social", publicado en la obra colectiva", en AAVV (Coord., DANS ÁLVAREZ SOTOMAYOR, L.): *La nueva dimensión de la materia contencioso-laboral*, Bomarzo, Albacete, 2015, que "la cuestión prejudicial ha sido un elemento decisivo en la configuración de nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y que va a seguir siéndolo en el futuro".

⁵² Los límites máximos de edad suelen fijarse para acceder a puestos reservados a funcionarios públicos, por implicar, ex art. 9.2 del EBEP, la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

Antes de fijar límites máximos de edad habrá que examinar las funciones del puesto, si el nivel de capacidad física requerido justifica un límite máximo de edad y, en su caso, cuál sea ese límite; tarea nada sencilla.

En relación con los requisitos de ingreso en los Cuerpos de Policía Local, la normativa autonómica que regula la edad máxima para participar en los procesos selectivos de libre acceso a la Escala Básica se caracteriza por su heterogeneidad. Tras la sentencia *Vital Pérez*, la normativa autonómica sobre esta materia puede ordenarse en cuatro grupos diferenciados: 1) Comunidades Autónomas que no contemplan expresamente un límite de edad máxima (Balears⁵³, Cantabria⁵⁴, Extremadura⁵⁵, Galicia⁵⁶, La Rioja⁵⁷, Madrid⁵⁸ y Navarra⁵⁹); 2) Comunidades Autónomas que adoptan el criterio del art. 56.1.b) del EBEP, fijando expresamente la edad máxima de los aspirantes en la de jubilación forzosa (Andalucía⁶⁰, Asturias⁶¹, Comunidad Valenciana⁶²);

⁵³ Vid., art. 32.b) Ley 4/2013, de 17 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de las Illes Balears (BO Illes Balears núm. 106, de 30 julio 2013).

⁵⁴ Vid., art. 19.3 de la Ley 5/2000, de 15 de diciembre, de Coordinación de Policías Locales (BO Cantabria núm. 245, d 22 diciembre 2000). La Ley 3/2014, de 17 de diciembre (BO Cantabria núm. 23, de 27 enero 2015), modificó la Ley 5/2000 para, entre otros aspectos, suprimir el límite de 30 años de edad para opositar a la Policía Local de Cantabria, y su Exposición de Motivos pone de manifiesto que algunos de los requisitos que la Ley de Cantabria 5/2000 exigía para el ingreso en los Cuerpos de Policía Local, tales como la edad máxima para acceder a la escala básica, categoría de policía, “han suscitado pública controversia”. La Exposición de Motivos de la Ley 3/2014 añade que “en la modificación llevada a cabo se ha tenido como premisa fundamental el principio de no discriminación, buscando la proporcionalidad y la equidad en los requisitos de acceso”.

⁵⁵ Vid., art. 48.1.b) de la Ley 7/2017 de 1 de agosto, de Coordinación de Policías Locales de Extremadura (DO Extremadura núm. 150, de 4 agosto 2017).

⁵⁶ Vid., art. 33 Ley 4/2007, de 20 de abril, de Coordinación de Policías Locales (DO Galicia núm. 85, de 3 mayo 2007). La Ley 9/2016, de 8 de julio (DO Galicia núm. 131, de 12 julio 2016), modificó la Ley 4/2007 para, entre otros aspectos, suprimir la edad máxima de 36 años para el acceso a los Cuerpos de la Policía Local, y su Exposición de Motivos señala que tal supresión deriva del “impacto que provoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de noviembre de 2014, al considerar discriminatorio el establecimiento de un límite de edad de acceso en los procesos de selección para el personal de los cuerpos de Policía local, por no estimarlo acorde con la Directiva 2000/78/CE”.

⁵⁷ Vid., art. 50 de la Ley 5/2010, de 14 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de La Rioja (BO La Rioja núm. 62, de 21 mayo 2010). La Ley 6/2015, de 29 de diciembre (BO La Rioja núm. 14, de 16 enero 2016), modificó la Ley 5/2010 para, entre otros aspectos, suprimir el límite de 36 años de edad máxima para ingresar en la Escala Básica de Policía Local, y su Exposición de Motivos justificó tal supresión en la necesidad de “adaptación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

⁵⁸ Vid., art. 38.2 de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad Madrid núm. 61, de 12 marzo 2018).

⁵⁹ Vid., art. 30.1.b) de la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de Policías de Navarra (BO Navarra núm. 40, de 2 abril 2007). El art. Único.Diceséis de la Ley Foral 15/2015, de 10 de abril (BO Navarra núm. 107, de 5 mayo 2015), modificó el art. 30.1.b) de la Ley Foral 8/2007 para suprimir el límite de 30 años de edad máxima para ingresar en la Policía Local.

⁶⁰ El art. 17.1.b) del Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local (BO Junta Andalucía núm. 144, de 29 julio 2003), fijó en 35 años la edad máxima para ingresar en los cuerpos de Policía Local por el turno libre. La STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 3 de febrero de 2014 (Recurso casación en interés de la Ley núm. 76/2010), anuló el referido requisito de edad máxima argumentado que corresponde a una norma de rango legal fijar la edad máxima cuando esta sea distinta a la de jubilación forzosa y siempre que responda a una justificación objetiva y razonable. El art. 50.b) del Anteproyecto de Ley de Coordinación de Policías Locales de Andalucía, cuya aprobación y entrada en vigor están previstas para 2018, exige no haber cumplido la edad de jubilación forzosa para participar en los procedimientos selectivos para el ingreso por turno libre en los cuerpos de Policía Local.

⁶¹ El art. 32.b) de la Ley 2/2007, de 23 de marzo, de Coordinación de Policías Locales (BO Principado de Asturias núm. 82, de 10 abril 2007), fija en 30 años la edad máxima de acceso a los Cuerpos de la Policía Local. Sin embargo, como ya se ha indicado en este trabajo, la STJUE (Sala Segunda) de 13 de noviembre de 2014 (Asunto C-416/2013. Caso *Vital Pérez*), dictaminó que la Ley asturiana que fija en 30 años la edad máxima para ser Policía Local es contraria al Derecho de la Unión Europea. Tras la sentencia *Vital Pérez*, el art. 32.b) de la Ley 2/2007 no

3) Comunidades Autónomas que siguen situando la edad máxima de los aspirantes muy por debajo de la de jubilación forzosa (Aragón⁶³, Canarias⁶⁴, Castilla-La Mancha⁶⁵, Castilla y León⁶⁶, Murcia⁶⁷ y País Vasco⁶⁸); y 4) Comunidad Autónoma (Cataluña⁶⁹) que remite a cada convocatoria la determinación de la edad máxima de ingreso.

En relación con el acceso al CNP, antes de que el Tribunal de Luxemburgo dictara las sentencias *Vital Pérez y Salaberría Sorondo*, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS anuló, por resultar discriminatorio, el art. 7.b) del Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos selectivos y de formación del CNP, por considerar que el límite máximo de edad (30 años) que establecía no constituye un requisito profesional esencial y determinante para acceder (por el turno libre) a la Escala Básica, categoría de Policía, ni a la

ha sido reformado y mantiene los 30 años de edad máxima para acceder a la Policía Local. No obstante, los posteriores anuncios que publican las Bases que rigen las pruebas selectivas para cubrir plazas de Agente de Policía Local en varios Municipios señalan expresamente los aspirantes deben "tener cumplidos los 18 años y no exceder de la edad máxima de jubilación forzosa".

⁶² Vid., art. 58.f) de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de Policías Locales de la Comunitat Valenciana (DO Comunidad Valenciana núm. 8191, de 15 diciembre 2017).

⁶³ El art. 24 de la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de Coordinación de Policías Locales de Aragón (BO Aragón núm. 188, de 24 septiembre 2013), dispone que para ser admitido a las pruebas selectivas de ingreso a la Policía Local, el aspirante no puede superar los 35 años de edad.

⁶⁴ El art. 22.2.a) de la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de Policías Locales de Canarias (BO Canarias núm. 91, de 16 julio 1997), fija la edad máxima para ingresar en la Policía Local por remisión a la edad establecida para el pase a segunda actividad con destino que, según el art. 33.1.b) de la referida norma, en ningún caso será inferior a los 57 años.

⁶⁵ El art. 20 de la Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha núm. 72, de 12 junio 2002), exige la nacionalidad española para ingresar en la Policía Local, remitiendo a la norma reglamentaria para determinar el resto de requisitos de ingreso. El art. 77.1.b) del Decreto 110/2006, de 17 de octubre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha núm. 217, de 20 octubre 2006), fija en 32 años la edad máxima de acceso a la Escala Básica de la Policía Local.

⁶⁶ El art. 29.2.b) de la Ley 9/2003, de 8 abril 2003. Ley de Coordinación de Policías Locales de Castilla y León (BO Castilla y León núm. 71, de 14 abril 2003), sitúa en 33 años la edad máxima para participar en los procesos selectivos de acceso a la Escala Básica de la Policía Local.

⁶⁷ El art. 26.1.b) de la Ley 4/1998, de 22 de julio, de Coordinación de Policías Locales de Murcia (BO Región de Murcia núm. 169, de 24 julio 1998), sitúa en 30 años la edad máxima de los aspirantes. El 5 de marzo de 2018, el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia aprobó por unanimidad el Dictamen 1/2018 al Anteproyecto de la nueva Ley de Coordinación de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cuyo art. 33.b) exige no haber alcanzado la edad de jubilación para participar en los procesos selectivos de acceso a las categorías de las Cuerpos de la Policía Local.

⁶⁸ La disposición adicional octava de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco (BO País Vasco núm. 155, de 11 agosto 1992), encarga al Gobierno Vasco la adopción de una norma reglamentaria que determine los requisitos de edad para el ingreso en las escuelas y categorías de los Cuerpos de la Policía Local. El art. 4.b) del Decreto 315/1994, de 19 de julio, por el que se aprueba el reglamento de selección y formación de la Policía del País Vasco (BO País Vasco núm. 157, de 19 agosto 1994), tras la reforma operada por el Decreto 120/2010 (BO País Vasco núm. 82, de 5 mayo 2010), fija en 35 años la edad máxima de acceso a la Escala Básica de la Policía Local.

⁶⁹ El art. 29.1.b) de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de Policías Locales de Cataluña (DO Generalitat Catalunya núm. 1469, de 19 julio 1991), señala que los aspirantes a la Escala Básica de la Policía Local deben "Tener la edad comprendida entre el mínimo y el máximo que establezcan el Reglamento del Cuerpo o la convocatoria correspondiente antes de que finalice el plazo de presentación de solicitudes". En el mismo sentido, el art. 11.1.b) del Decreto 233/2002, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso, promoción y movilidad de las policías locales (DO Generalitat Catalunya núm. 3732, de 3 octubre 2002), dispone que los aspirantes a cualquiera de las escalas de los Cuerpos de la Policía Local deben "Tener la edad comprendida entre el mínimo y el máximo que fijen el reglamento del cuerpo o la convocatoria correspondiente". Por tanto, la edad máxima para el ingreso en la Escala Básica de la Policía Local en Cataluña depende de cada convocatoria.

Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del CNP⁷⁰. Actualmente, el acceso a dichas Escalas queda sujeto al requisito general de edad mínima (18 años) y máxima (la de jubilación forzosa) del art. 56.1.b) del EBEP. Esto significa que la capacidad física ya no está condicionada por la edad del aspirante al CNP; corresponde al aspirante mostrar, a través de las correspondientes pruebas físicas, si reúnen o no la capacidad física requerida para el desempeño de las funciones de la correspondiente Escala del CNP. Este planteamiento lleva a concluir, en última instancia, que el hecho de haber cumplido una determinada edad no permite presumir en todo caso (*juris et de iure*) que el candidato carece de la capacidad física exigida para el puesto.

En relación con el ingreso Guardia Civil, la adaptación de la normativa española al Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia que lo interpreta no ha supuesto, a diferencia del CNP, la supresión de los límites máximos de edad. En 2017, el TS rectifica su doctrina precedente y señala que resulta justificado y no discriminatorio el límite de edad máxima que la normativa establece para participar en los procesos selectivos de ingreso en los centros docentes de formación que dan acceso directo a las Escala de Cabos (Cabo Mayor, Cabo Primero, Cabo) y Guardias de la Guardia Civil⁷¹. Durante mucho tiempo, la normativa ha venido situando este límite de edad máxima en 30 años [art. 18.1.b) Real Decreto 597/2002⁷²], límite que actualmente se eleva a 40 años [art. 33.1.g) Ley 29/2014 y art. 21.c) Real Decreto 131/2018]⁷³.

En relación con el acceso a las Fuerzas Armadas, el art. 3.4 de la Directiva 2000/78/CE faculta a los Estados miembros para no aplicar sus disposiciones sobre discriminación basada en la edad (y en la discapacidad); dicho de otro modo: los Estados miembros pueden fijar edades máximas para participar en los procesos selectivos de acceso a las Fuerzas Armadas sin

⁷⁰ Vid., SSTS, Sala Contencioso-Administrativo, de 21 de marzo de 2011 (recurso contencioso-administrativo núm. 184/2008 y núm. 626/2009). Paralelamente, el TS ha anulado varias Resoluciones que ordenaban las bases de convocatorias de procesos selectivos de acceso a plazas de alumnos del Centro de Formación y Perfeccionamiento para el ingreso en la Escala Básica, categoría de Policía, y en la Escala Ejecutiva, categoría de inspector, del CNP (y Resoluciones que denegaban al candidato la participación en un proceso selectivo por superar el límite de edad máxima). En este sentido, vid., SSTS, Sala Contencioso-Administrativo, de 17 de octubre de 2011 (recurso casación núm. 4018/2008 y núm. 6398/2008), 16 de diciembre de 2011 (recurso casación núm. 158/2010), 17 de enero de 2012 (recurso casación núm. 5372/2010), 18 de abril de 2012 (recurso casación núm. 3485/2011), 16 de mayo de 2012 (recurso casación núm. 3158/2011) y 14 de diciembre de 2012 (recurso casación núm. 5837/2010).

⁷¹ La STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 5 de abril de 2017 (recurso casación núm. 1709/2015) señala que el límite de edad máxima para participar en los procesos selectivos de acceso directo a las Escalas de Cabos y Guardias de la Guardia Civil cuenta con una justificación objetiva y razonable. Así, el TS rectifica el criterio recogido en la precedente STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 14 de octubre de 2015 (969/2013) y 24 de noviembre de 2015 (recurso casación núm. 3269/2014), que declaró discriminatorio el límite de edad máxima.

⁷² El art. 18.1.b) del derogado Real Decreto 597/2002, de 28 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso en los centros docentes de formación del Cuerpo de la Guardia Civil (BOE núm. 155, de 29 junio 2002), exigía no haber superado la edad de 30 años para poder participar en el proceso selectivo de acceso a la enseñanza de formación para la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil.

⁷³ El art. 33.1.g) de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil (BOE núm. 289, de 29 noviembre 2014), señala que, con carácter general, para poder participar en los procesos selectivos e ingresar en los centros docentes de formación será necesario, entre otros requisitos generales, "No superar la edad de 40 años para el acceso directo a la escala de cabos y guardias". Por su parte, el art. 21 del Real Decreto 131/2018, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación de la enseñanza en la Guardia Civil (BOE núm. 67, de 17 marzo 2018), recoge las edad máxima para participar en los siguientes procesos selectivos:

- a) Para incorporarse a la escala de oficiales: 1.º Ingreso por acceso directo sin exigencia previa de titulación universitaria: se registrá por lo establecido en la normativa específica para los miembros de las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales de las Fuerzas Armadas. 2.º Ingreso por acceso directo con exigencia previa de titulación universitaria: cuarenta años. 3.º Ingreso por promoción profesional: cincuenta años.
- b) Para incorporarse a la escala de suboficiales por promoción profesional: cincuenta años.
- c) Para incorporarse a la escala de cabos y guardias por acceso directo: cuarenta años.

que dichos límites resulten discriminatorios. Con todo, el TS ha tenido ocasión de examinar si los límites de edad máxima que los arts. 16 y 17 del Real Decreto 35/2010 fijan para el acceso a las Fuerzas Armadas resultan o no discriminatorios. El TS no adopta una postura unívoca, y para concluir si el límite de edad máxima resulta o no razonable y justificado parte del tipo de Cuerpo y Escala de las Fuerzas Armadas y toma en consideración si el proceso selectivo es de acceso directo o de promoción interna⁷⁴.

Llegados a este punto, cabe afirmar que la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia comunitaria que la interpreta tienen un gran impacto sobre la legislación y jurisprudencia españolas relativas a la prohibición de discriminación por edad en el acceso al empleo, en general, y en el acceso a la función pública en particular. Muestra de ello es la interpretación que el TJUE ha realizado en los últimos años sobre la justificación de las diferencias de trato por edad en el acceso a la función pública y, de modo particular, en lo relativo a los límites máximos de edad. La jurisprudencia comunitaria influye en la normativa y jurisprudencia españolas sobre función pública hasta tal punto que bien cabe hablar de un nuevo paradigma en la ordenación del empleo público (y en el sistema de relaciones laborales) en España, en el que la tutela antidiscriminatoria cobra mayor protagonismo.

⁷⁴ La STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 4 de abril de 2011 (Recurso contencioso-administrativo núm. 129/2011), concluyó que no resultan discriminatorios los límites de edad máxima que el art. 16 del Real Decreto 35/2010 exige a los suboficiales para participar en los procesos selectivos de acceso, por promoción interna, a las escalas de Oficiales de las Fuerzas Armadas. En el mismo sentido, la STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 2016 (Recurso contencioso-administrativo núm. 480/2014), declaró que es justificado el límite máximo de edad (31 años) exigido por el art. 16.1.a).3º del Real Decreto 35/2010 para participar, por promoción interna, en los procesos selectivos de acceso a las escalas de Oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina. Por su parte, la STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 30 de mayo de 2012 (Recurso contencioso-administrativo núm. 63/2010), señaló que no es discriminatorio el límite de edad máxima (29 años) exigido por el art. 16.2 del Real Decreto 35/2010 para participar en los procesos selectivos de libre acceso a las enseñanzas de formación para el ingreso en las escalas de tropa y marinería de las Fuerzas Armadas. No obstante lo anterior, la STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 9 de mayo de 2014 (Recurso contencioso-administrativo núm. 529/2012), dispuso que no resulta justificado el límite de edad máxima exigido para participar en los procesos selectivos de acceso a los centros docentes militares de formación para el ingreso en las Escalas de Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, del Cuerpo Militar de Intervención y de los Cuerpos de Intendencia de los Ejércitos de Tierra y Aire y de la Armada. La STS, Sala Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 2015 (recurso contencioso-administrativo núm. 474/2013), declaró que tampoco resulta justificado el límite de edad máxima (31 años) fijado para participar en el proceso selectivo de acceso a la Escala de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad, especialidad fundamental Medicina.