

LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES MÁXIMOS DE EDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO¹

Xavier Solà i Monells

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona

Abstract

La imposición de límites máximos de edad en las ofertas de empleo constituye, tanto en el sector público como en el privado, una práctica absolutamente generalizada y difícilmente compatible con la prohibición de discriminación por razón de edad. Hasta la fecha los órganos de la jurisdicción ordinaria española se han mostrado bastante permisivos con estas restricciones, particularmente en el ámbito social, en contraste con la posición mantenida por el Tribunal Constitucional, mucho más rigurosa. La toma en consideración de la Directiva 2000/78 y de la interpretación que le ha dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus últimas sentencias requiere un reajuste de la jurisprudencia interna, porque lleva a restringir la validez de los límites máximos de edad a los casos donde obedezcan a un objetivo legítimo, resulten adecuados y sean proporcionados atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso. El correcto entendimiento y aplicación de esta triple exigencia será decisivo para erradicar una práctica que perjudica singularmente a los trabajadores de edad.

The imposition of maximum age limits on job vacancies constitutes, in both the public and the private sector, an absolutely widespread practice and hardly compatible with the prohibition of discrimination on the grounds of age. To date, Spanish ordinary courts have been permissive with these restrictions, particularly in the social field, in contrast to the position held by the Spanish Constitutional Court, much more rigorous. Taking into account Directive 2000/78 and the interpretation given to it by the European Court of Justice in its last judgments requires a readjustment of domestic case law because it leads to a restriction of the validity of age limits to cases in which they obey to a legitimate objective, are adequate and proportionate to the specific circumstances of each case. The correct understanding and application of this triple

¹ Este artículo constituye un resultado del Proyecto de Investigación “El impacto de la normativa en el empleo de los trabajadores de edad. Evaluación y propuestas de mejora” (DER 2013-41638R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Una primera versión del mismo fue presentado bajo el título “La discriminación de los trabajadores de edad en el acceso al empleo” en el Congreso inaugural de la Red CIELO, celebrado en la Universidad Católica Portuguesa los días 30 de septiembre y 1 de octubre de 2016.

demand will be decisive in eradicating a practice that is particularly detrimental to older workers.

Title: The imposition of maximum age limits on access to employment

Palabras clave: discriminación por razón de edad, acceso al empleo, contratación, límite de edad

Keywords: discrimination on the grounds of age, access to employment, hiring, age limits.

IUSLabor 3/2016, p. 1–28, ISSN 1699–2938

Sumario

1. Introducción
2. Aproximación general al marco normativo aplicable
3. La posición de la jurisprudencia europea
4. La posición de los jueces y tribunales españoles
5. Conclusión: pautas generales para determinar la validez de los límites máximos de edad en el acceso al empleo

1. Introducción

La fijación de límites máximos de edad en las ofertas de empleo que se publican a través de páginas web, redes sociales u otras vías constituye, desde hace ya algunos años, una práctica habitual en el mercado de trabajo español; una práctica conocida, que en diversas ocasiones ha sido anunciada y denunciada por los medios de comunicación. Sirva como ejemplo un artículo publicado en *El País* a finales de 2013 con el título “Oferta de trabajo: vetados mayores de 35” y dos elocuentes subtítulos: “La discriminación por edad va a más y, a veces, ni se oculta” y “Los anuncios que excluyen empleados maduros inundan la Red”².

La dimensión del problema se pone de manifiesto en el reciente Informe “Oferta y demanda de empleo en España 2015”³, elaborado por Infoempleo y Adecco donde se analiza una muestra de 141.943 ofertas de empleo para 436.065 puestos o vacantes publicadas a través de estas dos empresas durante el año 2015. Pues bien, el primer dato destacable en lo que refiere a la edad es que el 30% de las ofertas analizadas incorpora este factor como requisito y que la edad media requerida se sitúa en 32,75 años. Los resultados más impactantes son los relativos a las franjas de edad a las que se dirigen las ofertas: las personas de 26 a 35 años son las que mejor trato reciben, porque pueden acceder al 61,19% de las ofertas de empleo que incorporan un requisito de edad, seguidas de las que tienen entre 36 y 45 años (26,65%) y los menores de 26 años (8,11%). En último lugar y a notable distancia se sitúa la población mayor de 45 años, que puede acceder tan sólo al 4,04% de las ofertas perfiladas por edad. Además, si estas cifras se comparan con las de años anteriores se aprecia una tendencia creciente a reducir las edades requeridas, limitando cada vez más el acceso de las personas que se encuentran en las franjas superiores a las ofertas de empleo. La conclusión es tan clara como alarmante: en la actualidad las personas que superan los 45 años tienen directa y expresamente vetado el acceso a una buena parte de las ofertas de empleo que se publicitan.

Tal exclusión resulta extremadamente grave porque, como es bien sabido, el colectivo de los denominados “trabajadores de edad”⁴, está particularmente afectado por el

² http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/27/actualidad/1388172830_522805.html (consultado el 25 de agosto de 2016).

³ Véase su texto completo en <http://www.infoempleo.com/informe-infoempleo-adecco> (consultado el 25 de agosto de 2016).

⁴ La entrada en ese colectivo se sitúa habitualmente entre los 45 años y los 55 años. La primera de esas edades es la que toman como referencia la normativa de política de empleo para considerar necesaria la articulación de medidas específicas de protección, pero otras normas utilizan otros parámetros de edad, como los 50 años (en relación a la aportación al Tesoro Público prevista en el artículo 51.11 del TRLET) o los 55 años (en relación al convenio especial que debe suscribirse en virtud del artículo 51.9 del

desempleo. Los últimos informes publicados reflejan que el porcentaje de desempleados entre el colectivo de personas mayores de 45 años alcanza el 36%, cuando la tasa general se sitúa alrededor del 20%⁵. Además, el 70 % de esos desempleados mayores lo son de larga duración, una tipología que con carácter general representa sólo el 58%.

¿Cuáles son las razones que llevan a los empleadores a rechazar de entrada las personas de mayor edad cuando necesitan completar sus plantillas? Las motivaciones son diversas pero, como han puesto de manifiesto los profesionales de la intermediación, se resumen en la existencia de una serie de “*creencias estereotipadas*” respecto a ese colectivo, que se considera “*sobrecualificado y demasiado exigente respecto a estabilidad laboral y remuneración*”, “*menos preparado que el joven y menos familiarizado con las nuevas tecnologías*” y “*menos flexible para hacer horas extras o viajar*”⁶. Coinciden en este diagnóstico numerosos estudios donde se ha analizado el desempleo de los trabajadores maduros y en los cuales se reclaman actuaciones para erradicar esos estereotipos negativos, sobre todo por parte de los servicios de empleo, como la realización de campañas informativas o el diseño de programas de recolocación específicos para ese colectivo⁷.

La habitual inclusión de límites máximos de edad en las ofertas de empleo choca, al menos en apariencia, con la prohibición de no discriminación por razón de edad, que en nuestro ordenamiento jurídico está reconocido al máximo nivel. ¿Es realmente factible restringir el acceso al empleo imponiendo un límite máximo de edad? ¿Qué requisitos deben cumplirse para que esas restricciones estén justificadas y no resulten discriminatorias? El objetivo del presente trabajo es dar respuesta a estas preguntas a partir del análisis del marco normativo aplicable y de los pronunciamientos judiciales dictados al respecto, tanto en España como a nivel europeo.

TRLET). Véanse, respecto a esta cuestión las reflexiones de ROJO TORRECILLA, E., “El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas trabajadoras de edad avanzada”, ponencia presentada al curso de verano “Envejecimiento de la población trabajadora”, de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (6 de septiembre de 2016), p. 35.

⁵ Tanto estos datos como los que se exponen a continuación corresponden al VIII Informe “*#TuEdadEsUnTesoro: Mayores de 45 años en riesgo de exclusión en el mundo laboral*”, elaborado por la Fundación Adecco y publicado en junio de 2016. Dicho Informe se basa en los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) elaborada periódicamente por el Instituto Nacional de Estadística (INE). Puede consultarse su texto íntegro en http://www.portalempleofemm.org/adjuntos_actualidad/informe-tu-edad-es-un-tesoro.pdf (consultado el 25 de agosto de 2016).

⁶ Así lo manifiesta Francisco Mesonero, Director General de la Fundación Adecco, en una entrevista que consta en el VII Informe “*#TuEdadEsUnTesoro: Mayores de 45 años en riesgo de exclusión en el mundo laboral*”, anteriormente citado.

⁷ Véase, por ejemplo, el Informe del Consejo Económico y Social *La situación sociolaboral de las personas de edad*, número 2/2014, p. 100-101.

2. Aproximación general al marco normativo aplicable

Como es bien sabido, el artículo 14 de la Constitución Española (CE) consagra el principio de igualdad y prohíbe toda discriminación “*por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal*”. Aunque la edad no figure en la relación de factores de diferenciación el Tribunal Constitucional (TC) nunca ha discutido su inclusión a través del inciso genérico final. En el Fundamento Jurídico 3º de la temprana STC 75/1983, de 3 de agosto, ya se afirmó que de aquella ausencia no puede extraerse “*una intención tipificadora cerrada que excluya cualesquiera otra de las precisadas (...) pues en la fórmula del indicado precepto se alude a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», carácter de circunstancia personal que debería predicarse de la edad*”; una afirmación reiterada en muchos otros pronunciamientos⁸.

El Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 4 de marzo (TRLET) resulta todavía más preciso porque en su artículo 4.2.c) reconoce de forma expresa a los trabajadores “*el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de (...) edad dentro de los límites marcados por esta ley (...)*”, y posteriormente, en el artículo 17.1, consagra la prohibición de discriminación por razón de edad declarando la nulidad de las reglas jurídicas y actuaciones que impongan un trato desfavorable en base a ella. Además, en lo que refiere específicamente al acceso al empleo, la prohibición de discriminación se reitera en el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Empleo, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, que compromete a los gestores de la intermediación laboral a “*velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo*”⁹.

⁸ Véanse, entre otras, la STC 31/1984, de 7 de marzo; la STC 200/2001, de 4 de octubre; la STC 190/2005, de 7 de julio; la STC 247/2005, de 7 de noviembre; la STC 280/2006, de 9 de octubre; la STC 341/2006, de 11 de diciembre; la STC 63/2011, de 16 de mayo; STC 79/2011, de 6 de junio; la STC 117/2011, de 4 de julio; y la STC 161/2011, de 19 de octubre.

⁹ Ese genérico deber implica, según precisa el mismo precepto, que cuando “[l]os gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta”. En lo que refiere específicamente a las agencias de colocación, la norma reglamentaria que las regula, el Real Decreto 1796/29010, de 30 de diciembre, reitera en su artículo 5.d que deben “*garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo (...)*”.

También a nivel internacional existen diversos instrumentos normativos que prohíben con claridad los tratos desfavorables basados en la edad¹⁰. En el concreto ámbito europeo destacan, de una parte, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹¹; y de otra, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, para el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante Directiva 2000/78). El artículo 2 de esta última define el concepto “discriminación” y delimita sus dos tipologías (“discriminación directa” y “discriminación indirecta”), incorporando también un amplio abanico de excepciones que han llevado a la doctrina a afirmar que en esa norma la prohibición de discriminación por razón de edad tiene “un sentido menos intenso y «reivindicativo» que otras interdicciones de discriminación que incluye, y parece funcionar a un nivel intermedio entre los supuestos genéricos de aplicación del principio de igualdad y los supuestos específicos de prohibición de discriminación”¹². Conviene detenerse un momento a presentar estas excepciones porque, como se comprobará de inmediato, resultan determinantes para nuestro objeto de estudio.

Las que más llaman la atención son las contempladas en el artículo 6, cuyo título no puede ser más claro: “Justificación de diferencias de trato por motivos de edad”. Se trata, por tanto, de una vía de excepción específica para el factor que nos ocupa, que se articula en torno a una regla general enunciada en el párrafo primero de ese precepto, conforme a la cual resultarán admisibles las diferencias de trato basadas en la edad cuando concurren dos elementos. Primero, que estén “justificadas objetiva y razonablemente (...) por una finalidad legítima”. En otras palabras: se exige que el trato diferente obedezca a un determinado objetivo, que el mismo precepto vincula a “políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional”. Segundo,

¹⁰ El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establecen la prohibición de discriminación por diversos factores, pero sin referirse expresamente a la edad. Lo mismo sucede con el artículo 1 del Convenio número 111 de la OIT, de 1958, sobre discriminación en materia de empleo y contratación.

¹¹ En su punto 1 dicho precepto establece: “[s]e 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”.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario”, dentro de la obra colectiva *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, p. 23. En la misma línea se ha afirmado que la Directiva 2000/78 configura tres niveles de prohibición de discriminación y que la basada en la edad se sitúa en el último, esto es, en el que menor cobertura ofrece (BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, dentro de la obra colectiva *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 34).

que los “*medios para lograr ese objetivo*” sean “*adecuados y necesarios*”, esto es, que exista una proporcionalidad entre los perjuicios generados y la finalidad perseguida¹³.

Esa regla general va seguida de una relación de ejemplos de tratos diferenciados que podrían resultar admisibles entre los cuales figura uno que a nuestros efectos es particularmente relevante: el apartado f) admite “*el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación*”. Nos hallamos sin duda ante una previsión con una enorme potencialidad, en la que se admiten motivos “*que pueden responder a una racionalidad económico-productiva*”¹⁴ y resultan “*difíciles de aceptar*”¹⁵; una previsión que si no se interpreta con rigor puede dar cobertura a prácticamente todas las diferencias de trato que se planteen¹⁶.

Además de esa excepción específicamente prevista para las diferencias de trato basadas en la edad, también debe tomarse en consideración el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78, que establece otra de carácter general, aplicable a todos los factores enumerados en el artículo 1 de esa norma pero que puede tener una particular incidencia en la hipótesis que nos ocupa. En virtud de esta genérica excepción pueden considerarse justificadas las diferencias de trato basadas en “*una característica relacionada con cualquiera de los factores mencionados en el artículo 1 (...) cuando debido a la*

¹³ La doctrina ha sistematizado y resumido la esa doble exigencia señalando que “*debe concurrir un elemento finalista -fin legítimo, desde una perspectiva objetiva y razonable- y un elemento instrumental -medios adecuados y necesarios-*” (BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio...”, obra citada, p. 60).

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación en el empleo...”, obra citada, p. 24.

¹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, nº 59, 2001, p. 107-108. Dicho autor señala con acierto que “*nos hallamos ante una exigencia puramente económica, fruto del análisis comparativo entre coste empresarial (en tiempo de adaptación, en formación, en inmediata o cercana sustitución) y rentabilidad del mismo, que requeriría un tiempo mínimo para manifestarse de forma positiva*” y que por ello ninguno de los dos elementos referidos en el artículo 6.1.c) debería justificar por sí solo la imposición de un límite máximo de edad, sobre todo teniendo en cuenta que existen otros medios para garantizar períodos mínimos de prestación (por ejemplo, los pactos de permanencia).

¹⁶ La enorme potencialidad del ejemplo ofrecido por el artículo 6.1.c) de la Directiva 2000/78 ha sido advertida y criticada en diversos estudios doctrinales. Sirva como ejemplo BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio...”, obra citada, p. 73. Para dicha autora “[*l]os requisitos de formación del puesto y la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación actúan, de hecho, como justificaciones absolutas y casi incondicionadas (...) aunque teóricamente quepa la posibilidad de probar que carecen de objetividad y razonabilidad*”. También es generalizada la necesidad de realizar una interpretación restrictiva que frene esa potencialidad y garantice soluciones equilibradas. Uno de los primeros autores que planteó esa necesidad fue GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, nº 59, 2001, p. 123-124.

naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en el que se lleve a cabo, dicha característica constituya una requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo será legítimo y el requisito, proporcionado". Aunque las piezas aparezcan en un orden distinto es indiscutible el paralelismo que existe entre la regla trascrita y la enunciación de la excepción específica, como podrán de manifiesto las sentencias analizadas en el epígrafe que sigue.

3. La posición de la jurisprudencia europea

La jurisprudencia europea ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el alcance de la prohibición de discriminación por razón de edad en el acceso al empleo, aunque ciertamente no ha sido éste el ámbito donde ha generado mayor conflictividad, porque la mayoría de sentencias dictadas analizan casos donde tal prohibición se proyecta sobre el desarrollo de la relación laboral y, sobre todo, en su fase extintiva.

De las diversas sentencias dictadas respecto a la no discriminación por razón de edad en el acceso al empleo las que interesan a efectos del presente estudio son las que tratan la fijación de límites máximos de edad para la contratación. Así pues, dejaremos de lado otras cuestiones también interesantes, como la posibilidad de establecer requisitos que indirectamente restrinjan la contratación de trabajadores de edad¹⁷ o de incentivos que potencien su contratación aun suponiendo una precarización de las condiciones de trabajo¹⁸, para centrarnos en los cuatro pronunciamientos que tratan específicamente la

¹⁷ Ésta es la cuestión que se plantea en la STJUE de 18 de noviembre de 2010 (caso Georgiev, asuntos C-250/09 y C268/09), donde se analiza una norma búlgara que, junto con la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir los 68 años de edad, establece también que a partir de los 65 años dichos profesionales sólo pueden continuar su actividad a través de contratos de duración determinada de un año prorrogables dos veces como máximo. El TJUE entiende que dicha norma "*persigue un objetivo legítimo vinculado, en particular, con la política de empleo y el mercado de trabajo, como el establecimiento de una enseñanza de calidad y el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones, y permite alcanzar dichos objetivo por medios adecuados y razonables*", porque las personas afectadas tienen derecho a una pensión de jubilación por la que pueden optar si no quieren continuar su actividad y la contratación por duración determinada está limitada a un corto período de tiempo. (apartados 61 a 68).

¹⁸ Dicha cuestión fue tratada en la STJUE de 22 de noviembre de 2005 (caso Mangold, asunto C144/04), donde se analiza una norma nacional que establecía la posibilidad de realizar contratos de duración determinada cuando el trabajador tenía más de 52 años sin requerir ningún tipo de razón objetiva, como excepción al principio general de casualidad que regía en este tipo de contratación. El TJUE consideró que la finalidad perseguida, a saber, favorecer la inserción profesional de los trabajadores desempleados de mayor edad, constituía un objetivo legítimo expresamente previsto en el artículo 6.1.a), pero que atendiendo al efecto que generaba (el "riesgo de quedar excluidos, durante gran parte de su carrera

cuestión objeto de estudio en esta ponencia, introduciendo también una breve referencia a un cuarto asunto que actualmente se encuentra pendiente de resolución.

El primero de ellos corresponde al Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPICE). En concreto se trata de la STPICE de 28 de octubre de 2004 (caso Lutz Herrera contra Comisión, asuntos acumulados T-219/02 y T-337/02), donde se analiza la impugnación planteada contra dos convocatorias de oposición formuladas por la Comisión Europea el 11 de abril y el 28 de agosto del año 2001 en las que se establecía como requisito de admisión haber nacido después de una determinada fecha; exigencia que implicaba excluir a las personas que superasen los 45 años.

El TPICE entra a valorar la restricción tomando como referencia la Directiva 2000/78 y, en concreto, su artículo 6.1.c). Tras constatar que el objetivo perseguido es, según especifica la Comisión Europea, “*garantizar que los funcionarios ejerzan su actividad durante un período mínimo, relacionado con los derechos de pensión establecidos por el Estatuto*” para “*mantener el equilibrio financiero de los fondos de pensiones comunitarios*” y también para responder al “*interés del servicio*”, concluye sin más argumentación que el límite de edad impuesto “*está justificado objetiva y razonablemente*” porque los motivos esgrimidos son “*similares*” a los recogidos en aquel precepto (apartados 98 a 100).

La flexibilidad con que este primer pronunciamiento interpreta y aplica la prohibición de no discriminación por razón de edad y la amplitud que otorga a la excepción contemplada en el artículo 6.1.c) de la Directiva 2000/78 es tan evidente como rechazable. Por ello no resulta sorprendente que haya recibido numerosas críticas por parte de la doctrina, que ha denunciado las consecuencias de la “*interpretación extensiva de los criterios justificativos de la desigualdad*”; criterios que “*podrían aplicarse a todos los sectores de actividad porque en todos es razonable tener perspectivas de que los trabajadores tengan una carrera profesional larga y en todos la mayor permanencia en el trabajo asegura en mayor medida el tránsito a una pensión de jubilación*”¹⁹. Incluso se ha llegado a afirmar el “*marco de excepciones*” se amplían de tal manera que “*prácticamente sirve para suprimir el propio principio antidiscriminatorio*”²⁰.

La segunda sentencia que trata la restricción del acceso al empleo en base a un límite máximo de edad es la STJUE de 12 de enero de 2010 (caso Wolf, asunto C-229/08). En

profesional, del beneficio de estabilidad en el empleo” –apartado 64–), la medida excedía de lo apropiado y necesario.

¹⁹ BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio...”, obra citada, p. 62-63.

²⁰ *Ídem*.

ella se analiza una convocatoria para el “*servicio técnico medio de bomberos*” de la Stadt Farnkfurt am Main en la que se establecía un límite de edad de 30 años. El Sr. Wolf, que vio rechazada su candidatura al superar esa edad, presentó una demanda alegando discriminación y reclamando una indemnización por daños y perjuicios. Ante las dudas que se planteaban sobre la compatibilidad del derecho alemán y la Directiva 2000/78, el órgano judicial encargado de resolverla planteó varias cuestiones prejudiciales al TJUE, centradas en su práctica totalidad en el artículo 6.1 de dicha norma.

El TJUE, tras verificar la aplicabilidad de la Directiva 2000/78 y que la norma cuestionada impone un trato menos favorable por razón de edad, entra a valorar la posible justificación de la restricción, situando la cuestión en el ámbito del artículo 4.1 (no del 6.1, como planteaba el órgano jurisdiccional remitente)²¹. Y ello porque, según las manifestaciones efectuadas por el Gobierno alemán en diversas fases del proceso se extrae claramente que el referido límite se dirige a garantizar la tenencia de la “*capacidad física excepcionalmente elevada*” que únicamente tienen las personas más jóvenes y que es imprescindible para desarrollar determinadas tareas del perfil profesional afectado. Así pues, lo que realmente debe valorarse es si nos hallamos ante “*requisito profesional esencial y determinante*” dirigido a satisfacer un “*objetivo legítimo*” (apartados 32 a 35).

Este último elemento es el primero que se intenta identificar, tarea que no resulta demasiado compleja, dado que el Gobierno alemán había indicado que la finalidad del límite de edad era “*garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de bomberos*”. Tal pretensión constituye sin duda un “*objetivo legítimo*” y así lo corrobora el considerando 18º de la Directiva 2000/78²².

Más complejo resulta determinar si disponer de una capacidad física particularmente elevada constituye un “*requisito profesional esencial y determinante*” y si esa singular

²¹ El TJUE no se considera vinculado por el concreto fundamento que el órgano jurisdiccional remitente haya dado al planteamiento de la cuestión y, recuperando el criterio seguido en otros pronunciamientos, afirma que nada obsta a que “*el Tribunal de Justicia proporcione a ese órgano jurisdiccional todos los elementos de interpretación del Derecho Comunitario que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto del que conoce, con independencia de que dicho órgano haya hecho referencia o no a ellos en el enjuiciado de su cuestión*”, añadiendo acto seguido que “*corresponde al Tribunal de Justicia extraer del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión, los elementos de Derecho Comunitario que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio*”.

²² En él se establece que tal norma no puede tener como efecto obligar a determinados servicios de perfil singular (incluidos los “*servicios de socorro*”, en los que se incardinaría el cuerpo de bomberos) a “*contratar o mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios*”.

capacidad guarda directa relación con la edad. El TJUE realiza en este punto una detenida argumentación, revisando las concretas actividades que corresponden al “servicio técnico medio de bomberos” y las aptitudes que se requieren en su desempeño, para acabar concluyendo que “disponer de una capacidad física particularmente importante puede considerarse una exigencia profesional esencial y determinante, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78, para el ejercicio de la profesión de bombero del servicio técnico medio” (apartado 40). En dos concretas tareas, como la extinción de incendios y salvamento de personas, la exigencia es incluso superior, por cuanto se requiere una “capacidad física excepcionalmente elevada” que la mayoría de personas pierden a partir de los 45 años –en el caso de la primera– y los 50 años –en el caso de la segunda–, circunstancia que fuerza a destinarlas a las restantes actividades (protección del medio ambiente, salvamento de animales, protección frente a animales peligrosos y tareas de apoyo como el mantenimiento y control de los equipos de protección y los vehículos de intervención). En base a ello el TJUE concluye que “la necesidad de disponer de plena capacidad física para ejercer la profesión de bombero del servicio técnico medio guarda relación con la edad de los miembros de dicho servicio” (apartados 41).

Finalmente se entra a analizar si la restricción de edad es “proporcionada”, lo cual supone valorar “si dicho límite de edad es adecuado para lograr el fin perseguido y si no excede de lo necesario para alcanzarlo”. El TJUE responde afirmativamente ambas cuestiones y termina validando la diferencia de trato que implica la exclusión de las personas que superen los 30 años porque considera que tal medida garantiza que las nuevas incorporaciones podrán realizar las tareas físicamente más exigentes durante un mínimo de entre 15 y 20 años, y con ello “garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento” del servicio, para lo cual “puede considerarse necesario que la mayoría de los funcionarios de dicho servicio sea capaz de cumplir” aquellas tareas. Se trata en definitiva de asegurar una “organización razonable del cuerpo de bomberos profesionales” consiguiendo una adecuada “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” (apartado 43).

Aunque la fundamentación de esta segunda sentencia es bastante más detallada y consistente que la dictada en el caso Lutz, continúa presentando algunas deficiencias. Así por ejemplo se ha apuntado que la norma que establece un límite máximo de 30 años se admite como válida aún sin contener ningún tipo de excepción que permita la

contratación de personas que superen esa edad²³. La reflexión parece acertada, porque no cabe olvidar que en el apartado 41 se considera acreditado que a partir de los 45 y 50 años “*muy pocos funcionarios*” tienen la capacidad física necesaria para desarrollar las tareas de extinción de incendios y salvamento de personas, respectivamente. Es obvio que la mayoría no es la totalidad, pero no queda ninguna puerta abierta para aquellos candidatos que superando los 30 años dispongan de unas aptitudes físicas superiores a la media que presumiblemente les permitirían desarrollar las tareas más exigentes durante un mínimo de 15 o 20 años.

No obstante, el punto en el que la sentencia dictada en el caso Wolf parece más discutible es aquel donde se valora la proporcionalidad de la medida, en la doble vertiente de adecuación y necesidad. Y ello porque el análisis se desarrolla en un plano abstracto sin entrar a valorar la concreta situación en la que se encuentra el servicio medio de bomberos de la Stadt Farnkfurt am Main. Los argumentos utilizados son solventes, pero ¿qué porcentaje de la plantilla se requiere para la cobertura de las tareas físicamente más exigentes? ¿Cuál es la concreta estructura de edades que presenta el servicio afectado cuando se publica la convocatoria? ¿Se encuentra en una situación de desequilibrio real a corto o medio plazo que ponga en riesgo su operatividad y eficacia? A mi modo de ver, sin dar respuesta a estas preguntas, esto es, sin proyectar los argumentos al contexto específico en el que se plantea la diferencia de trato, no puede valorarse adecuadamente la proporcionalidad de la medida²⁴.

La tercera sentencia es la STJUE de 13 de noviembre de 2014 (caso Vital Pérez, asunto C-416/13). En ella se analiza una convocatoria de quince plazas de agentes de la Policía local efectuada por el Ayuntamiento de Oviedo en la que se establecía un límite máximo de 30 años de edad, en base a la norma autonómica de aplicación. El caso es particularmente interesante porque el TJUE valora la admisibilidad de esta restricción desde una doble perspectiva: de una parte en base al artículo 4.1 de la Directiva 2000/78 y de otra a partir del 6.1.c) de la misma norma.

Por lo que refiere a la cobertura que la diferencia de trato generada por el límite de edad impuesto puede obtener en base al artículo 4.1, el TJUE considera que de entrada existe un “*objetivo legítimo*”: “*el interés en garantizar el carácter operativo y el buen*

²³ Así lo manifiesta CABEZA PEREIRO, J.: “Justificaciones proporcionadas en la discriminación por razón de edad”, dentro de la obra colectiva *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 245.

²⁴ También se muestra crítico con el juicio de proporcionalidad efectuado en la Sentencia del caso Wolf, aunque con argumentos distintos, CABEZA PEREIRO, J.: “Justificaciones proporcionadas...”, obra citada, p. 245. En su opinión, dicho juicio “*queda muy desdibujado, pues el Abogado General lo construye de un modo prácticamente tautológico*”, porque afirma “*que todas las personas que hayan alcanzado los treinta y un años son ineptos para el servicio*”.

funcionamiento del servicio de policía” (apartados 41 a 44). Ello le lleva a entrar a valorar la “*proporcionalidad*” de la medida, “*es decir, si este límite es proporcionado para alcanzar el objetivo perseguido y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo*”, no sin antes poner sobre la mesa una regla esencial, que recupera de una sentencia anterior (STJUE de 13 de septiembre de 2011 –caso Prigge y otros, asunto C-447/09–) y que resulta determinante en su argumentación: el principio de interpretación restrictiva de las excepciones de la prohibición de discriminación por razón de edad (apartado 47).

La proyección de ese principio sobre el supuesto de autos le lleva a considerar desproporcionada la medida cuestionada, por diversos motivos: primero, porque en otros ámbitos autonómicos se imponen límites de edad superiores que van de los 35 a los 40 años para el acceso a la Policía Local y en algunos casos no se fija ninguno; segundo, para el acceso a la Policía Nacional –que desarrolla funciones similares– la normativa aplicable no fija ningún límite de edad; tercero, la capacidad física exigida para realizar algunas de las tareas que corresponden a la Policía Local no es “*excepcionalmente elevada*”, a diferencia de lo que se planteaba en el caso Wolf; cuarta y última, para verificar la tenencia de esa capacidad la convocatoria incluía “*pruebas físicas exigentes y eliminatorias*” (apartados 50 a 57).

Descartada esa primera opción de cobertura, el TJUE entra a analizar si el límite de edad podría resultar justificado en base al artículo 6.1.c) de la Directiva 2000/78, cuestión que también responde negativamente. En este caso el problema tampoco reside en la existencia de una “*objetivo legítimo*” porque, aunque la norma autonómica que lo especifique, se deduce que la restricción “*se justifica por los requisitos de formación del puesto y por la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación o al pase a la segunda actividad*” (apartados 61 a 65). Se aplica de nuevo en este punto la conocida doctrina establecida en la STJCE de 16 de octubre de 2007 (caso Palacios de la Villa, asunto C-411/05) que admite la falta de indicación expresa del objetivo que perseguido en las normas nacionales que imponen diferencias de trato, permitiendo que éste se extraiga del conjunto de elementos presentes en el contexto de la medida; una doctrina tan flexible como discutible, que ha merecido numerosas críticas doctrinales²⁵.

²⁵ Véanse, entre otros, FERNÁNDEZ-PEINADO, A., “El principio de no discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho europeo”, dentro de la obra colectiva *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social* (Comunicación núm. 16 del Cd adjunto), Ediciones Cinca, Madrid, 2014, p. 11; BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio...”, obra citada, p. 63; y CABEZA PEREIRO, J., “Justificaciones proporcionadas...”, obra citada, p. 259-260. Este último autor destaca que la posibilidad de extraer del contexto en el que se sitúan las medidas objetivos de política social que no se han formulado expresamente “*constituye, en la práctica, una invitación a que los Estados elaboren justificaciones «ad hoc» y las aleguen ante el*

La exigencia que a juicio del TJUE no se respeta es, de nuevo, la proporcionalidad de la medida, que no supera el doble juicio de adecuación y necesidad. La convocatoria impugnada especifica la necesidad de realizar “*un período de formación selectiva*” tras la superación de las pruebas de acceso, pero nada se especifica en ella, ni tampoco se acredita durante el proceso, cuáles son sus concretas características, en particular su duración; circunstancia que excluye la posibilidad de cobertura en base a “*los requisitos de formación del puesto de trabajo en cuestión*”, la primera de las opciones que contempla el artículo 6.1.c) de la Directiva 2000/78. Tampoco ofrece juego la segunda, la “*necesidad de garantizar un período de actividad razonable previo a la jubilación*”, porque la edad de jubilación de los agentes de Policía Local está fijada a los 65 años, aunque a los 58 años se les ofrezca la posibilidad de pasar a una segunda actividad, y como es bien sabido el límite máximo fijado para el acceso era de 30 años. Una medida que asegura un período de actividad de 35 años resulta a todas luces excesiva, y así lo entiende el TJUE, aunque no lo afirme expresamente en esos términos y se limite a considerarla “*no necesaria*” e “*injustificada*” (apartados 71 a 73)²⁶.

La solución adoptada resulta acertada y, aún siendo de signo distinto, es coherente con el criterio seguido en el caso Wolf, donde la proporcionalidad de la medida también se defendía argumentando la necesidad de garantizar un período mínimo de actividad, pero en este caso se consideraba razonable porque era sólo de 15 o 20 años. La sentencia dictada en el caso Vital Pérez aporta, además, una estructura conceptual solvente, particularmente en lo que refiere a la valoración de la proporcionalidad de las diferencias de trato basadas en la edad, recogiendo y ordenando los criterios elaborados en los dos anteriores pronunciamientos. Todo ello la convierte, a mi entender, en el referente básico para valorar la justificación de las normas que imponen límites máximos de edad en la contratación. Con toda probabilidad tendrá una notable trascendencia en muchos países miembros, tanto en lo que refiere a las prácticas normativas como a las resoluciones jurisdiccionales.

La cuarta y última sentencia que interesa analizar es la reciente STJUE de 15 de noviembre de 2016 (caso Salaberria Sorondo, Asunto C-258/15), fruto de la petición formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco mediante Auto de 20 de mayo de 2015 (recurso 362/2014). El

Tribunal ante cuestiones concretas, por más que las mismas no guarden relación con dicha medida. Y, en todo caso, un elemento de inseguridad jurídica importante”.

²⁶ En los análisis sobre la sentencia se ha destacado la sorpresa que genera “*que quienes hayan intervenido en el litigio sosteniendo la validez de la exigencia no hayan practicado pruebas destinadas a mostrar su conveniencia (capacidades físicas necesarias, prevalencia de funciones operativas para policías de nuevo ingreso, relevo generacional, necesidad de jóvenes para actuar frente a ese segmento poblacional, etc.)*” (SEMPERE NAVARRO, A. V., “La edad para trabajar (al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo)”, *Aranzadi Social*, nº 89, 2015, BIB 2015/24, p. 2).

conflicto se plantea en este caso a raíz de una convocatoria efectuada el 1 de abril de 2014 por la Directora General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias para el ingreso en la categoría de Agente de Escala Básica de la Ertzaintza, en la que se especificaba que sólo serían admitidas las personas cuya edad estuviese comprendida entre los 18 y los 35 años en el momento de su inscripción, conforme a lo establecido en el artículo 4.b) del Decreto 351/1994, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco²⁷. El Sr. Gorka Salaberría Sorondo, que superaba esa edad máxima, impugnó la convocatoria al considerarla discriminatoria por razón de edad y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ante las dudas que le generaba la compatibilidad del precepto reglamentario citado con la Directiva 2000/78, decidió plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

El TJUE valora la eventual cobertura de la diferencia de trato discutida basándose en el artículo 4.1 de la norma comunitaria, procediendo a verificar: primero, si estamos en presencia de “*un requisito profesional esencial y determinante*”; segundo, si existe un “*objetivo legítimo*”; y tercero, si el límite es “*proporcionado*”.

La primera cuestión no plantea demasiados problemas porque las funciones esenciales de la Ertzaintza, a saber, “*la protección de las personas y bienes, del libre ejercicio de los derechos y libertades de todos y velar por la seguridad de los ciudadanos*”, requieren una “*aptitud física específica*” que por tanto constituye un “*requisito profesional esencial y determinante*” directamente vinculado a la edad (apartados 34 a 36).

Tampoco plantea dudas la concurrencia de un objetivo legítimo, dado que el límite de edad impuesto pretende “*garantizar el carácter operativo y buen funcionamiento del servicio de policía, asegurando que los nuevos funcionarios puedan efectuar las tareas más pesadas desde el punto de vista físico durante un período relativamente largo de su carrera*” (apartados 37 y 38).

La parte más interesante y a la que mayor esfuerzo dedica el TJUE es la verificación de la proporcionalidad, una exigencia que considera cumplida por varias razones. En primer lugar, porque se han aportado informes técnicos que acreditan “*que a partir de la edad de 40 años los agentes de la Ertzaintza sufren una degradación funcional, que se traduce en una disminución de su capacidad de recuperación tras un esfuerzo sostenido y la incapacidad de ejercer cualquier otra función que requiera el mismo*

²⁷ En su actual versión, fruto de las modificaciones operadas por el Decreto 120/2010, de 20 de abril, el límite máximo de edad de los candidatos autorizados a participar en procesos selectivos era de 35 años, aunque en origen había sido de 30 años y, en una segunda fase fruto de una reforma operada en el año 2002, de 32 años.

nivel de exigencias durante un determinado período de tiempo” y también que “no se puede considerar que un agente que tenga más de 55 años esté en plena posesión de la capacidad física y psíquica necesaria para el ejercicio adecuado de su profesión sin que existan riesgos para él ni para terceros” (apartado 42). En segundo lugar, por el escenario al que deberá enfrentarse la Ertzaintza, creada a principios de la década de los años 80, en un futuro inmediato: en 2018 más de la mitad de sus miembros tendrá entre 50 y 59 años, y la proyección para 2025 es que más de la mitad tenga entre 55 y 60 años (apartado 44). En tercer lugar, porque fijar la edad máxima de acceso en los 35 años garantiza, teniendo en cuenta que existe un período de formación inicial de 27 meses, que el personal de nuevo ingreso prestará servicios durante un máximo de 19 años (13 de ellos al máximo de su capacidad física y psíquica), permitiendo conseguir una adecuada correlación entre los puestos de trabajo para que “la mayoría de los agentes de policía estén en condiciones de desempeñar las tareas físicamente más exigentes” (apartados 45 y 46). Finalmente, porque no existe una medida alternativa menos restrictiva (“la organización de pruebas físicas exigentes y eliminatorias durante el procedimiento selectivo” no lo es porque “la posesión de las capacidades físicas específicas no debe entenderse de manera estática, únicamente durante las pruebas del proceso selectivo, sino de manera dinámica, teniendo en cuenta los años de servicio que prestará el agente después de ser seleccionado” –apartado 47–).

Por todo ello el TJUE considera que la normativa nacional controvertida es conforme con la Directiva 2000/78, destacando que el límite máximo de edad es imprescindible “para restablecer una pirámide de edades satisfactoria”. Es decir, la medida se considera justificada en la coyuntura en la que se plantea y por las singulares características que ésta presenta, rechazándose implícita pero claramente que pueda establecerse con carácter general. Los argumentos coinciden en buena parte con los empleados en la sentencia del caso Wolf, pero corrigiendo los defectos de abstracción y generalidad que presenta su fundamentación.

4. La posición de los jueces y tribunales españoles

Los órganos jurisdiccionales españoles también se han pronunciado en diversas ocasiones sobre el establecimiento de límites máximos de edad en el acceso al empleo, particularmente los de la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que hasta la fecha la mayoría de conflictos se han planteado en relación al empleo público, comportando la impugnación de las convocatorias de los concursos o de las normas que les otorgan cobertura; cuestiones todas ellas que son competencia de ese orden jurisdiccional. La jurisdicción social ha abordado la problemática que nos ocupa con carácter excepcional, aunque entre los escasos pronunciamientos existentes existen algunos muy significativos que merecen ser comentados.

El primero es la STS de 27 de diciembre de 1999 (recurso 1659/1999), que trata la impugnación formulada por el Sindicato CTA (Comisión de Trabajadores de Aviación) de una convocatoria efectuada para la empresa Iberia Líneas Aéreas de España, SA para cubrir necesidades temporales de “auxiliares de vuelo”, concretamente “tripulantes de cabina de pasajeros”. Entre los requisitos contenidos en dicha convocatoria figuraba tener entre 18 y 28 años, una exigencia que en opinión de la organización sindical impugnante constituía una discriminación por razón de edad.

Para el Tribunal Supremo el problema se reduce a determinar si existe alguna “justificación” que de cobertura al límite de edad impuesto y la cuestión no ofrece ninguna duda: la tarea a cubrir “*requiere notoriamente unas condiciones psicofísicas especiales dada la singular naturaleza de la actividad aérea, derivada del medio y condiciones en las que se lleva a cabo (...) los desplazamientos, los cambios horarios, la atención al pasaje en todas sus facetas, incluso las que se refieren a situaciones de emergencia o catástrofe (...)*”. Ello, junto con el promedio de edad de las 2.741 personas que realizan tareas de auxiliar de vuelo (40,1 años de promedio global, 41,3 años para las fijas y 29,2 años para las eventuales), llevan a considerar “*que el requisito de la edad constituye una distinción objetiva, seria, abstracta y razonable*” y que “*es perfectamente justificable la decisión empresarial de tratar de rejuvenecer la plantilla*”.

La argumentación resulta enormemente criticable por la simplicidad y superficialidad del análisis, que valida la actuación empresarial sin entrar a valorar, con detalle y conforme a parámetros objetivos, cuáles son esas “*especiales condiciones psicofísicas*” y en qué medida se vinculan a la edad²⁸. La singularidad de la actividad genéricamente considerada es suficiente para justificar la imposición de un trato diferente basado en la edad, y ello a pesar de que el promedio de edad del concreto colectivo afectado no alcanza los 30 años²⁹. El contraste con la jurisprudencia comunitaria ligada a la Directiva 2000/78 es evidente, tanto como la imposibilidad de sustentar un pronunciamiento de estas características en el actual contexto normativo.

En la misma línea se sitúa la STSJ del País Vasco de 10 de septiembre de 2002 (recurso 1522/2002). En este caso se revisa el proceso de contratación de personal eventual efectuado por una empresa dedicada a la producción de acero donde que excluye a las

²⁸ Uno de los argumentos complementarios que utiliza el Tribunal Supremo es una previsión contenida en el convenio colectivo aplicable a la empresa que permite a las personas que desarrollan tareas de auxiliares de vuelo pasar a prestar servicios en tierra cuando cumplan 40 años y acrediten como mínimo 15 años de servicio, siempre que así lo deseen. Resulta obvio que tal previsión que, conviene insistir en ello, se limita a establecer un derecho de opción, no permite presumir que las personas mayores de 40 años carecen de la aptitud necesaria para trabajar como auxiliares de vuelo.

²⁹ Véase la fuerte y bien fundamentada crítica que realiza sobre esta sentencia GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación...”, obra citada, p. 119-124.

personas que superen los 35 años en una determinada fecha³⁰. Un candidato excluido por incumplir esa condición, que había prestado servicios anteriormente para la empresa a través de un contrato de duración determinada, presenta demanda al considerar que se ha producido una discriminación por razón de edad y reclama una indemnización por daños y perjuicios equivalentes a los salarios dejados de percibir a consecuencia de tal exclusión.

Tomando como referencia el criterio adoptado en la STS de 27 de diciembre de 1999, que se acaba de comentar, y la doctrina establecida en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de no discriminación, particularmente la STC 75/1983, de 3 de agosto, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera *“el límite de edad no es discriminatorio al no ser irrazonable, ya que se trata de rejuvenecer una empresa en la que según el hecho probado cuarto hay un porcentaje elevado de trabajadores mayores de 40 años”* (87,8 por 100), añadiendo acto seguido que *“tampoco es irrazonable que se pueda aumentar la plantilla en menores de 35 años, si en la actualidad los que llegan a los 35 años es un porcentaje de 7,6 por 100”*. La argumentación se cierra recordando otro dato que en opinión del juzgador es relevante: *“la convocatoria se hace con la anuencia de los representantes de los trabajadores, sin que la oposición de un sindicato sea clave para la tacha que hace del aviso el recurrente”*.

La argumentación es del todo inconsistente y por ello no sorprende la formulación de un Voto Particular que defiende la existencia de discriminación con diversos fundamentos³¹. Primero, si la causa de la exclusión se halla en los requerimientos físicos el límite de edad *“tendría que ser una exigencia reservada única y exclusivamente para el desempeño de determinados puestos productivos y, no como acuerda la empresa, para toda la plantilla, incluidos los puestos administrativos y todos aquellos (comerciales, directivos, etc.) que no precisen penosidad o esfuerzo”*³². Segundo, la verificación de la tenencia de una determinada aptitud física, cuando esta se demuestre necesaria, puede efectuarse por vías más eficientes y menos agresivas que el establecimiento de una edad máxima, como por ejemplo la realización durante el proceso de selección de pruebas médicas o de otro tipo, específicamente encaminadas a este fin. Tercero y último, la actuación empresarial implica presuponer de forma automática y sin excepción la ineptitud laboral por el cumplimiento de una determinada

³⁰ Concretamente a 31 de diciembre de 2001, habiéndose publicado la convocatoria el día 11 de septiembre de 2001.

³¹ El Voto Particular lo formula la Magistrada María José Hernández Vitoria.

³² En opinión de la Magistrada que redacta el Voto Particular la auténtica causa no reside en la exigencia de una determinada capacidad física sino en otras razones *“que no se llegan a mencionar, aunque se apuntan indirectamente, como es el caso del mayor coste para la empresa que suponen los procesos de incapacidad temporal de sus trabajadores”*.

edad. Igual de rechazable, aunque el Voto Particular no valore este argumento, es considerar que el beneplácito de la mayoría de la representación laboral al límite de edad constituye una evidencia o, ni tan siquiera, un indicio de su validez.

Como ya se ha indicado, el ámbito donde mayor conflictividad ha generado el establecimiento de límites máximos de edad para el acceso al empleo ha sido el de la función pública. Las normas legales y reglamentarias que regulan esta particular prestación de servicios incorporan con frecuencia restricciones basadas en la edad que han generado numerosos pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa e incluso algunos del Tribunal Constitucional. Nuestro análisis no puede obviarlos, aunque la mayoría de ellos aborda la problemática partiendo del artículo 23.2 de la CE, porque desde un primer momento la jurisprudencia dejó claro que el “*derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos*” establecido en dicho precepto incorpora la prohibición de discriminación previamente enunciada en el artículo 14 de la misma norma, incluida la basada en la edad, y que este factor sólo puede tomarse en consideración cuando exista una justificación objetiva y razonable³³.

Por lo que refiere a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la primera sentencia que merece ser comentada es la STC 75/1983, de 3 de agosto. El límite de edad de sesenta años que en este caso se ponía en cuestión venía establecido en una norma legal y no restringía propiamente el acceso a la función pública sino el proceso de promoción interna a través del cual debía cubrirse el cargo de interventor en los municipios de régimen especial de Barcelona y Madrid. Para el Tribunal Constitucional “*en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima la decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a las características del puesto de trabajo de que se trate, fije objetivamente límites de edad que supongan, para los que lo hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos*”. La proyección de esta regla sobre el caso de autos lleva al Tribunal Constitucional a considerar válida la diferencia de trato porque la singularidad del cargo de interventor requiere un período mínimo de permanencia en el cargo para “*imponerse de los importantes cometidos que la ley les impone desarrollar*”, “*conocer las peculiaridades del Ayuntamiento cuyos fondos ha de intervenir*” y, en definitiva, posibilitar un adecuado “*desempeño del servicio personal y en el que ha de prestarse públicamente a favor de los ciudadanos*”³⁴.

³³ STC 75/1983, de 3 de agosto, entre otras muchas.

³⁴ La sentencia tuvo un Voto particular formulado por los Magistrados doña Gloria Begué, Cantón, don Luis Díez Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gomez-Ferrer Morant y don Antonio Truyol Serra, que consideraban discriminatoria la norma cuestionada porque la finalidad esgrimida “*no resulta protegida por la norma, pues cualquier interventor menor de sesenta años que acceda a la plaza tras concurso, puede concursar posteriormente a otra si éste es su deseo*” y también porque “*si lo que trata es favorecer la eficacia de la gestión, tal objetivo podría lograrse estableciendo medidas que*

Esta doctrina se retoma posteriormente en la STC 37/2004, de 11 de marzo, que analiza la validez del artículo 135.B), último inciso, del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local. Dicho precepto establecía que uno de los requisitos para opositar a puestos en la función pública local era “*no exceder de aquélla (edad) en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa por edad, determinada por la legislación básica en materia de función pública*”. En este caso el Tribunal Constitucional considera la diferencia de trato discriminatoria y anula la regla trascrita porque ninguna de las dos razones esgrimidas para justificarla le parecen suficientes. De una parte, valora como “*no razonable*” la pretensión de que el vínculo funcional tenga una mínima duración y descarta “*que tal exigencia pueda derivarse de los derechos pasivos de tal tipo de funcionarios*”. De otra parte, entiende que la cobertura tampoco puede defenderse en base a “*la conveniencia de que determinadas plazas sean cubiertas de forma estable*”, porque este argumento podría tener sentido para puestos muy concretos y la norma se aplica de forma indiferenciada a toda la función pública local³⁵.

En otros pronunciamientos posteriores el Tribunal Constitucional ha aplicado estos mismos criterios para resolver otras situaciones similares a la que nos ocupa. Es el caso de la STC 29/2012, de 1 de marzo, que declara la validez de un concurso convocado por el Ayuntamiento de Cádiz para cubrir por vía de movilidad y promoción interna diversas plazas de oficial de policía local; concurso del que se excluyen las personas a las que les falten menos de diez años para el cumplimiento de la edad que determinaría el pase a la situación de segunda actividad (55 años)³⁶. Y también en casos donde el límite máximo de edad se ha utilizado para restringir el desarrollo de una actividad por cuenta propia, concretamente la explotación de oficinas de farmacia. Existen media docena de sentencias (STC 63/2001, de 16 de mayo; STC 79/2001, de 6 de junio; STC 117/2011, de 4 de julio; STC 161/2011, de 19 de octubre; STC 78/2012, de 16 de abril; y STC 41/2015, de 2 de agosto) que consideran inconstitucionales por discriminatorias

permitieran una valoración ponderada de la edad entre los diversos méritos y circunstancias de los concursantes”, sin configurarla como un requisito excluyente.

³⁵ Véase el detenido comentario que efectúa de esta sentencia MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite al acceso a la función pública”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 13, 2005 (BIB 2005/2009).

³⁶ Como puede observarse, la exigencia de edad es la misma que se planteaba en el caso resuelto la STC 37/2004, de 11 de marzo, pero aquí juega como límite a la promoción interna (no en el acceso) y el supuesto presenta otra diferencia que acaba siendo determinantes: la diferencia de trato afecta sólo a un colectivo concreto cuyas tareas exigen una elevada capacidad física. En el Fundamento Jurídico 6º el Tribunal Constitucional destaca que “*lo que se pretende es que los funcionarios de un cuerpo de Policía Local que accedan por el sistema de movilidad a otro cuerpo de Policía Local de distinto municipio, lo hagan a una edad que garantice una mínima duración (al menos diez años) en el desempeño de las actuaciones operativas (...), antes de que se produzca el pase a la situación de segunda actividad*”.

diversas normas autonómicas que excluyen a las personas que tengan más de 65 años de los procedimientos de autorización de oficinas de farmacia. Los argumentos utilizados son diversos, aunque estrechamente conectados, y quedan perfectamente resumidos en el Fundamento jurídico 4º de la última sentencia citada: la exclusión “*ni está justificada por la dificultad objetiva para prestar el servicio o para adaptarse a las necesidades de la población, ni por ser una medida de acción positiva dirigida a favorecer a los integrantes de un colectivo desfavorecido, ni por servir a las exigencias de la planificación y organización del servicio, ni, finalmente, por la necesidad de evitar eventuales tensiones especulativas*”. Estos últimos pronunciamientos evidencian el progresivo avance de la jurisprudencia constitucional des de la lejana STC 78/1983, de 3 de agosto, que se traduce en una análisis cada vez más detenido y atento de genérica exigencia de “*justificación razonable y proporcionada*” para admitir los límites de edad que se imponen en el acceso al empleo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la admisibilidad de los límites máximos de edad en los concursos de acceso a la función pública. Ante la imposibilidad de analizar todas las sentencias dictadas, centraremos la atención en una de las más recientes que me parece particularmente representativa de la línea jurisprudencial que se ha ido configurando a lo largo de estos últimos años: la STS de 30 de mayo de 2012 (recurso 63/2010). La norma controvertida en este caso fue el artículo 3.1.e) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, en virtud del cual “*para participar en los procesos de selección para cursar las enseñanzas de formación para incorporarse a la escalas de tropa y marinería, no se deberán tener cumplidos más de 29 años en el momento que la convocatoria designe para incorporarse al centro docente militar de formación*”.

El Tribunal Supremo considera que dicho precepto no genera discriminación porque la diferencia de trato está perfectamente justificada, dado que el proceso de selección “*está dirigido a atender las necesidades que presenten las Fuerzas Armadas a corto largo plazo*” y que “*la debida atención de estas necesidades aconseja la disponibilidad del mayor número posible de personal que disponga de una amplia experiencia*”, cuya obtención requiere “*prolongados períodos de permanencia en las Fuerzas Armadas*”. También se apunta que con esa restricción se incentiva la permanencia, porque ésta acabará garantizando “*el acceso a la situación de retiro y a los derechos inherentes al mismo*”, y se remata la cuestión afirmando con rotundidad y sin añadir más argumentos que “*la limitación que comporta dicha edad cubre también el canon de proporcionalidad que resulta necesario en estos casos*”.

Tanto este pronunciamiento como otros dictados en hipótesis parecidas ponen de manifiesto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conoce bien la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la prohibición de no discriminación por razón de edad en el acceso al empleo, siendo habitual la cita e incluso la reproducción textual de las sentencias de referencia, pero que en la práctica la aplica con notable flexibilidad, sobre todo en lo que refiere a la exigencia de proporcionalidad. Ello no implica que en el ámbito de la función pública se avalen sistemáticamente las restricciones basadas en la edad, porque también existen bastantes sentencias que han considerado discriminatorias tales restricciones declarando la nulidad de los preceptos que las establecían³⁷, particularmente en supuestos de promoción interna³⁸. Otro aspecto destacable de este cuerpo jurisprudencial es el olvido casi absoluto de las previsiones contenidas en la Directiva 2000/78 y la interpretación que les ha dado el TJUE³⁹, hecho que resulta un tanto sorprendente porque como ya se

³⁷ Sirva como ejemplo la STS de 9 de mayo de 2014 (recurso 529/2912), que anula la exigencia de una edad máxima establecida en el artículo 16 y la disposición transitoria 5ª del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, para ingresar en los Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención, al considerar que “*son Cuerpos cuyos cometidos no requieren una especial forma física*” y no concurren otras razones objetivas que puedan justificarla.

³⁸ Así, se han declarado nulo los límites máximos de edad impuestos para acceder a la Escalas Ejecutiva y Básica del Cuerpo Nacional de Policía (STS de 16 de marzo de 2011 -recurso 184/2008-, STS de 18 de abril de 2012 -recurso 4385/2011- y otras posteriores); a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil (STS de 24 de noviembre de 2015 -recurso 3269/2014-); a Inspector del Cuerpo de Mossos d’Esquadra (STS de 31 de enero de 2006 (recurso 2202/2000); y a Intendente de policía local (STS de 29 de enero de 2015 -recurso 1242/2013-).

³⁹ Son pocas las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que incorporan alguna referencia al respecto, y cuando lo hacen acostumbra a limitarse a una simple cita de la norma comunitaria o de alguno de sus preceptos. Una de las pocas excepciones a esa regla general es la STS de 28 de enero de 2016 (recurso 480/2014) que en respuesta a los planteamientos de la recurrente (Asociación Profesional de Suboficiales de las Fuerzas Armadas –ASFASPRO–) entra a valorar la trascendencia que la STJUE de 13 de noviembre de 2014 (caso Vital Pérez, asunto C-416/13) puede tener en el supuesto enjuiciado, donde se discute la validez del artículo 16.1.a).3º del Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, que fija un límite máximo de 31 años para acceder por vía de promoción interna a las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, rebajado a 24 años en el caso de la especialidad fundamental de vuelo del Cuerpo General del Ejército del Aire. Para el Tribunal Supremo no procede la toma en consideración de dicha sentencia porque trata la convocatoria a plazas de policía local, supuesto que presenta una “*diferencia sustancial porque no es el mismo el régimen jurídico del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el del personal de las Fuerzas Armadas, del mismo modo que no son las mismas la estructura y necesidades de unos y otras*”. La jurisprudencia europea sí parece haber sido asumida en instancias judiciales inferiores, o al menos así lo apuntan algunos pronunciamientos. Es el caso de la STSJ de Galicia de 26 de noviembre de 2014 (recurso 252/2014), que muestra un perfecto conocimiento de la sentencia Vital Pérez, dictada pocos días antes, y la aplica para declarar nulo el límite máximo de edad de 36 años establecido para un concurso de policía local en aplicación de una norma de la Comunidad Autónoma de Galicia: la Ley 4/2007, de 12 de

señaló el artículo 3.1 de esa norma comunitaria la declara aplicable “*a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado*”⁴⁰.

5. Conclusión: pautas básicas para determinar la validez de los límites máximos de edad en el acceso al empleo

La prohibición de discriminación por razón de edad dispone de un sólido y múltiple reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito constitucional como en el legal, pero no se ha desarrollado a nivel normativo, con la única excepción de la Directiva 2000/78, que sí entra a delimitar su concepto, sus tipologías y también sus excepciones. Aunque de entrada el nivel de protección que ofrece esta norma comunitaria no resulta demasiado satisfactorio, porque es claramente inferior al dispensado en relación a otros factores de discriminación, y en un primer momento la jurisprudencia comunitaria se mostró muy permisiva, las últimas sentencias dictadas por el TJUE han resituado la justificación de las restricciones de edad en el acceso al empleo en un escenario distinto, ofreciendo un esquema conceptual que a mi entender permite abordar y resolver de forma adecuada la problemática que plantean.

No puede decirse lo mismo de la jurisprudencia interna ordinaria, tanto de la jurisdicción Social como de la Contencioso-Administrativa, que hasta la fecha han valorado la justificación a partir de fórmulas genéricas, en algunos casos de elaboración propia y en otros tomadas de la jurisprudencia constitucional; fórmulas que se enuncian a bombo y platillo pero después se aplican con muy escaso rigor, mediante análisis simplistas y superficiales que no tienen en cuenta las características del caso concreto. Esta forma de proceder lleva a resultados inadmisibles, como validar un límite máximo de 28 años para realizar tareas de auxiliares de vuelo o uno de 35 años para ocupar cualquier puesto de trabajo en una empresa dedicada a la producción de acero. Un poco más satisfactorio resulta el papel desarrollado por el Tribunal Constitucional, que hasta ahora sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a límites máximos de edad fijados en el ámbito de la función pública y del trabajo por cuenta propia. Las sentencias dictadas, sobre todo las más recientes, ponen de manifiesto un análisis cada vez más elaborado, que valora por separado la adecuación y la proporcionalidad de las normas puestas en cuestión; pero aún así ofrecen menores garantías que la jurisprudencia europea.

abril, de coordinación de policías locales. En opinión del Tribunal Superior de Justicia, la similitud del caso analizado con ese precedente europeo y la ausencia de cualquier duda razonable respecto a la solución a adoptar, permite inaplicar la norma autonómica sin plantear cuestión de inconstitucionalidad en virtud de la primacía del Derecho Comunitario.

⁴⁰ En lo que refiere a las Fuerzas Armadas el artículo 3.4 de la Directiva 2000/78 contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan su no aplicación por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y la edad, pero hasta la fecha el Estado español no la ha hecho efectiva.

La aplicación de las reglas contenidas en la Directiva 2000/78 y los criterios que al respecto ha ido elaborando el TJUE no sólo resulta oportuna sino obligada, en virtud del denominado “*principio de interpretación conforme*”, acuñado por la jurisprudencia comunitaria. Según este principio “*al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese Derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para hacerlo, en la mayor medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con el fin de alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, atenerse al artículo 288 del TFUE párrafo tercero*”⁴¹. Ello puede llevar a modificar una jurisprudencia reiterada de los órganos jurisdiccionales nacionales⁴² e incluso a dejar de aplicar una disposición nacional si ésta resulta contraria al principio de no discriminación por razón de edad y no ofrece margen para una interpretación conforme⁴³.

El punto de partida para determinar si resulta válido un determinado límite máximo de edad que restrinja el acceso al empleo es un principio hermenéutico, acuñado por el TJUE en el ámbito de la no discriminación por razón de sexo y posteriormente trasladado a la no discriminación por razón de edad, que actualmente se halla absolutamente consolidado: la justificación de las diferencias de trato basadas en cualquiera de esos factores constituyen una excepción y como tal deben ser interpretadas restrictivamente.

Este principio de interpretación restrictiva deviene esencial para entender y aplicar correctamente las previsiones de los artículos 4.1 y 6.1.c) de la Directiva 2000/78; dos

⁴¹ STJUE de 19 de abril de 2016 (caso Dansk Industri, asunto C-441/14), apartado 31, reiterando la doctrina establecida en diversos pronunciamientos anteriores, como por ejemplo la STJUE de 5 de octubre de 2004 (caso Pfeiffer y otros, asuntos C-3897/01 a C-403/01), apartado 113 y 114 o la STJUE de 19 de enero de 2010 (caso Küçükdeveci, asunto C-555/07), apartado 48.

⁴² Entre otras, la STJUE de 13 de julio de 2000 (caso Centrosteeel, asunto C-456/98), apartado 17.

⁴³ STJUE de 19 de enero de 2010 (caso Küçükdeveci, asunto C-555/07), apartado 51 y STJUE de 19 de abril de 2016 (caso Dansk Industri, asunto C-441/14), apartados 35 a 37. En este último pronunciamiento el TJUE afirma que un órgano jurisdiccional nacional que conoce un litigio entre particulares queda obligado a “*dejar inaplicados cualesquiera preceptos de Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de edad*” cuando “*la interpretación conforme es imposible*”, sin que ello afecte a “*los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima*”, ni se excluya por la posibilidad del particular lesionado de reclamar responsabilidad al Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión. En el caso de autos ello lleva a reclamar la inaplicación de una regla del Derecho danés que excluye el derecho a percibir la indemnización prevista por despido (de 1, 2 o 3 meses de salario en función de la antigüedad) cuando la persona afectada cumple los requisitos para tener acceso a una pensión de jubilación, con independencia de si opta por permanecer en el mercado de trabajo o por jubilarse. Esta doctrina resulta especialmente relevante para los límites de edad que en ocasiones se establecen en el ámbito del empleo público, a través de normas legales o reglamentarias.

preceptos que aparentemente funcionan de forma separada pero que en realidad siguen un mismo esquema, como ponen de manifiesto las sentencias del TJUE analizadas. Tanto en un caso como en otro la justificación de un límite máximo de edad para el acceso al empleo queda condicionada a la concurrencia de tres elementos: su vinculación a un objetivo legítimo, la adecuación de la restricción y su proporcionalidad. Intentemos precisarlos lo máximo posible incorporando ejemplos extraídos del análisis jurisprudencial.

La restricción de edad debe estar encaminada a la consecución de un objetivo legítimo, como por ejemplo garantizar la operatividad y el buen funcionamiento del servicio donde se integrarán las personas que ingresen, como sucede en los casos Wolf, Vital Pérez y Salaberría Sorondo. Lo que se admite, en definitiva, es la eficacia de la contratación, es decir, que el departamento reforzado con las nuevas incorporaciones pueda desarrollar adecuadamente el papel que le corresponde en el contexto de la organización productiva.

Ahora bien, ¿son legítimas otras finalidades, como por ejemplo posibilitar una relación laboral de larga duración para rentabilizar al máximo los costes del proceso de selección y/o de la formación inicial, para dar estabilidad a la plantilla, para ahorrarse nuevas contrataciones a corto y medio plazo, etc.? El artículo 6.1.c) parece admitir este tipo de planteamientos cuando se refiere a “*los requisitos de formación del puesto*” y a “*la necesidad de un período de actividad razonable*”, pero a mi modo de ver no pueden constituir un objetivo legítimo salvo en casos muy excepcionales (por ejemplo, cuando la singularidad de la prestación requiera un mínima permanencia en el puesto para su adecuado desempeño)⁴⁴, y en el caso de aceptarlos difícilmente superarán el test de proporcionalidad⁴⁵. Conviene recuperar una idea ya expuesta que en este punto resulta determinante: las diferencias de trato enumeradas en el artículo 6.1 constituyen posibles ejemplos de no discriminación, pero no supuestos que merezcan indiscutiblemente esa calificación.

⁴⁴ Éste es de hecho la razón fundamental que lleva a la STC 75/1983, de 3 de agosto, a considerar justificada el límite máximo de 60 años impuesto para acceder al cargo de interventor en los municipios de régimen especial de Barcelona y Madrid.

⁴⁵ Piénsese, por ejemplo, en los “*requisitos de formación del puesto de trabajo*”, una ambigua frase con la que seguramente se quiere hacer referencia a puestos de trabajo que requieren un período de formación significativo (en contenido, duración, costes, etc.) tras la incorporación en la empresa, como condición indispensable para el adecuado desarrollo de la prestación. Pues bien, en tal caso podría ser legítimo pretender garantizar una duración mínima de la relación laboral para amortizar la inversión realizada, pero existe un mecanismo específicamente previsto para asegurar ese objetivo y mucho menos agresivo que la imposición de un límite máximo de edad: el pacto de permanencia regulado en el artículo 21.4 del TRLET.

En segundo lugar se requiere que la imposición de un límite máximo de edad sea una medida adecuada para la consecución del objetivo esgrimido. Esta exigencia aparece formulada en abstracto en el encabezamiento del artículo 6.1 y ejemplificada en el artículo 4.1 mediante la fórmula “*requisito profesional esencial y determinante*”. Si para el correcto desarrollo de la prestación requiere la tenencia de determinadas aptitudes (por ejemplo, una capacidad física singular) y consigue acreditarse una vinculación directa y objetiva entre tales aptitudes y la edad, la fijación de un límite máximo basado en ese factor podrá considerarse un medio adecuado.

Y para terminar, la restricción de edad que se imponga debe ser proporcionada. ¿Cómo se valora esta exigencia? Desde múltiples perspectivas: primero, atendiendo al período de prestación de servicios que posibilita (se ha considerado razonable que ronde los 15 años –caso Wolf- o los 19 años –caso Salaberría Sorondo–, pero excesiva si se alarga por encima de los 30 años –caso Vital Pérez–); segundo, analizando la concreta situación del colectivo en el que se incorporaran las personas que ingresan en conexión con el objetivo perseguido –caso Salaberría Sorondo– (así por ejemplo, si se requiere que como mínimo la mitad de la plantilla esté en una determinada franja de edad porque sólo en ella se dispone de la capacidad requerida y la configuración de la plantilla garantiza el respeto de ese porcentaje a corto y medio plazo, la imposición de un límite de edad puede resultar desproporcionado); tercero, verificando la necesidad de imponer la restricción porque no existen otras alternativas igualmente eficientes pero menos gravosas (por ejemplo, unas pruebas médicas para verificar la capacidad física)⁴⁶; etc. En resumidas cuentas, la comprobación de la proporcionalidad requiere la toma en consideración de todas las circunstancias que rodean al límite de edad establecido para certificar que no es excesivo y que sus efectos negativos se han limitado al mínimo imprescindible para la consecución del objetivo perseguido.

La clarificación de las “*reglas del juego*” en lo que refiere al establecimiento de límites máximos de edad para el acceso al empleo constituye un paso necesario, al que este trabajo ha pretendido contribuir modestamente, pero es un paso en sí mismo insuficiente para acabar una práctica absolutamente generalizada que, como vimos en el apartado introductorio, excluye a las personas mayores de 45 años de la mayoría de ofertas de empleo que se publican en la actualidad. Para revertir esa situación es importante que los operadores jurídicos tengan claro en qué casos las restricciones pueden estar justificadas y en cuáles no, pero también y sobre todo que adquieran conciencia y actúen en consecuencia. Y para ello se requiere una acción a nivel global, en la que tomen parte tanto los gestores de la intermediación laboral (cribando con rigor las

⁴⁶ La argumentación del TJUE en el caso Salaberría Sorondo efectúa esta comprobación, descartando que la organización de pruebas físicas exigentes y eliminatorias durante el proceso de selección sea, en el supuesto analizado, una “*medida alternativa menos restrictiva*”.

ofertas y negándose a tramitar las que sean discriminatorias), los agentes sociales (particularmente los sindicatos –con actuaciones de control y, cuando se detecten incumplimientos, de denuncia–, pero también las patronales –asesorando adecuadamente a sus afiliados–) y la administración (mediante campañas informativas o de concienciación y con actuaciones específicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social).

6. Bibliografía

BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, dentro de la obra colectiva *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CABEZA PEREIRO, J.: “Justificaciones proporcionadas en la discriminación por razón de edad”, dentro de la obra colectiva *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ-PEINADO, A., “El principio de no discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho europeo”, dentro de la obra colectiva *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social* (Comunicación núm. 16 del Cd adjunto), Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, nº 59, 2001.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite al acceso a la función pública”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 13, 2005 (BIB 2005/2009).

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación en el empleo por razón de edad en el Derecho Comunitario”, dentro de la obra colectiva *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010.

ROJO TORRECILLA, E., “El Derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de edad. La protección de las personas trabajadoras de edad avanzada”, ponencia presentada al curso de verano “Envejecimiento de la población trabajadora”, de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (6 de septiembre de 2016).

SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La edad para trabajar (al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo)”, *Aranzadi Social*, nº 89, 2015, BIB 2015/24.