

Jubilación anticipada y principio de no discriminación.

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Resumen: *Es discriminatoria la norma que establece diferencias de régimen jurídico para situaciones idénticas en cuanto a la jubilación anticipada.*

Palabras clave: *Diferencia de régimen jurídico. Discriminación. Jubilación anticipada.*

Abstract: *Given identical situations is not acceptable the distinction on legal status in the field of early retirement.*

Keywords: *Differentiated legal status. Discrimination. Early retirement.*

I. Introducción^[1]

La jubilación anticipada es una modalidad de retiro prevista en nuestro sistema de seguridad social desde su misma creación, aunque ha ido ensanchando sus dominios a lo largo del tiempo. Hoy en día podríamos decir que la legislación de seguridad social contempla básicamente cuatro aplicaciones de esa modalidad de jubilación, sin perjuicio de algún supuesto más perteneciente en exclusiva al ámbito de ciertos regímenes especiales. Esas cuatro posibilidades de acceso a la jubilación anticipada, que normalmente conllevan alguna reducción en el alcance de la pensión, son las siguientes: jubilación anticipada de carácter transitorio implantada en el momento de configuración del sistema vigente; jubilación anticipada por extinción precoz de la relación laboral; jubilación anticipada por motivos de discapacidad, y jubilación anticipada en el contexto de actividades de riesgo o esfuerzo especial. En términos generales, la jubilación anticipada entraña una diferencia de trato en el interior del sistema, puesto que supone una vía de retiro del trabajo a la que no todos los afiliados tienen acceso. En términos más concretos, también puede suponer diferencias de trato entre colectivos de la población trabajadora que supuestamente se encuentran en situaciones equiparables pero que, sin embargo, no son contemplados del mismo modo a estos efectos. ¿Son estas diferencias discriminatorias? ¿Son contrarias a los pilares de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestro orden social? La respuesta no es sencilla. La sentencia TS (cont.) 1140/2022, de 14 de septiembre, se enfrenta a esta clase de problemas, a los que responde, para ese caso particular, con una posición interpretativa claramente inclinada a procurar un trato igual y evitar en lo posible las diferencias de régimen jurídico.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 1140/2022, de 14 de septiembre.

Tipo y número de recurso: RCO núm. 223/2021.

ECLI:ES:TS:2022:3304

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia TS 1140/2022 da respuesta a una queja de discriminación en el contexto del sistema de seguridad social y, en particular, en relación con la jubilación anticipada. La cuestión que se plantea atañe a la pertinencia o grado de aceptación de unos cauces de jubilación reservados para ciertos colectivos profesionales o ciertos tipos de trabajo en base a la existencia de riesgos especiales o de condiciones de trabajo supuestamente más exigentes que en los casos ordinarios o más habituales. ¿Por qué razón se prevé esa vía de retiro anticipado para unos grupos y no para otros, si en la realidad de las cosas la situación puede ser equivalente? ¿No se trata acaso de una medida discriminatoria? Veamos los antecedentes del caso y las características de la queja que el protagonista de este proceso planteó en sede judicial.

El pleito que dio lugar a la resolución judicial que ahora comentamos arranca del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales promovido por un particular como reacción a la situación creada a raíz de la norma reglamentaria, aprobada como es de rigor por el Consejo de Ministros, sobre jubilación anticipada de los funcionarios del Cuerpo de Policía del País Vasco-Ertzaintza, por no haber comprendido en la misma a los miembros de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra, considerados por el recurrente en "idénticas condiciones".

Previamente al ejercicio de la comentada acción judicial, el interesado, perteneciente al cuerpo funcional de los Mossos d'Esquadra y nacido en 1961, se había dirigido al Gobierno de España con fecha de 22 de junio de 2021 en demanda del cese de la desigualdad de trato que sufría tal colectivo profesional respecto de los miembros de otros cuerpos policiales, y en particular respecto de los agentes pertenecientes a la Ertzaintza, a propósito de la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada. Su escrito fue remitido al Ministerio competente en materia de seguridad social con vistas a la tramitación del oportuno procedimiento para la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación.

Sobre la solicitud del interesado no llegó a adoptarse ninguna resolución administrativa, aunque en el seno de ese departamento ministerial, y con motivo de esa queja, se realizaron diversos trámites: se procedió a la solicitud de información y de informes, se permitió la personación de diversos sindicatos, se dio recepción del análisis de un grupo de trabajo formado por el Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña y las organizaciones sindicales sobre el establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación, se incorporó un informe previo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, y se tomó nota de la reiteración por parte del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña de su interés por el establecimiento de esa modalidad de jubilación con los expresados coeficientes.

En el expediente abierto a tal efecto figura una precisión de la Subdirectora General de Recursos y Relaciones con los Tribunales del Ministerio de la Presidencia (comunicada al interesado como contestación a su protesta por el traslado de su solicitud a esa otra instancia gubernamental) en la que se ponía de manifiesto que, si

bien correspondía al Ministerio de Seguridad Social la instrucción del procedimiento, su resolución competía al Consejo de Ministros.

También fue incorporado a ese acervo documental el expediente incoado con fecha de 27 de julio de 2012 a instancias del Sindicato de Policías de Cataluña en demanda de coeficientes reductores de la edad de jubilación, en el que constaba a su vez la personación de diversos sindicatos, la solicitud de informes previos a la Secretaría de Estado de Empleo, la posición favorable al establecimiento de dicha medida de la Secretaría General del Departamento de Interior de la Generalidad de Cataluña, y la personación del interesado mediante escrito del 5 de julio de 2021.

Cumplimentado el pertinente requerimiento administrativo y tras diversas vicisitudes procesales, fue formalizada demanda por la representación del interesado con fecha de 10 de febrero de 2022, en la que se suplicaba a la Sala de lo contencioso-administrativo del TS que se declarara “que el Consejo de Ministros del Gobierno de España ha vulnerado el derecho fundamental a la igualdad de trato del Sr. Isidro al no poder acceder a la jubilación anticipada, como miembro del cuerpo de Mossos d'Esquadra, en igualdad de condiciones que los miembros del cuerpo de la Ertzaintza mediante la aplicación de coeficientes reductores a la edad de jubilación ordinaria”, y que se condenara a la parte demandada a indemnizarle “con la cantidad de 12.000 € (DOCE MIL EUROS) por el daño moral causado”, así como al pago de las costas.

Trasladada la demanda al Abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, una y otra instancia solicitaron la desestimación de la demanda, al mismo tiempo que mostraban su oposición a la vista pedida por el actor y al recibimiento de la prueba propuesta por el mismo. Tras no considerar necesaria la celebración de vista y habida cuenta que no se había pedido trámite de conclusiones, por diligencia de ordenación de 12 de mayo de 2022 el órgano judicial competente declaró el pleito “concluso y pendiente de señalamiento”. Mediante providencia de 21 de junio de 2022 se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2022 y se designó magistrado ponente al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva. En la fecha acordada tuvo lugar la deliberación del asunto y fue dictado el fallo consiguiente.

IV. Posición de las partes

Tras justificar su legitimación activa por su condición de mosso de squadra, el demandante adujo por lo pronto que tenía cotizados sin solución de continuidad un total de 37 años y seis meses desde el 1 de enero de 1984 con vistas a que se le mantuviera la regla de jubilación a los 65 años. Con esa base, hizo constar en su demanda que “de haber sido agente de la policía autonómica vasca ya habría podido acceder a la jubilación anticipada en aplicación del coeficiente reductor de 0,20 por cada uno de sus 28 años de servicio”, e insistió “en la identidad de cometidos de la Ertzaintza y de los Mossos de squadra en cuanto cuerpos de policía autonómicos integrales” y en lo inaceptable de mantener, pese a ello, un régimen de jubilación anticipada diferente mediante el que “los miembros del primero, mediante los coeficientes reductores aprobados, han podido anticipar su jubilación hasta los 60 años o a los 59 de contar con los años de cotización requeridos, mientras que a los del segundo no les ha sido posible por no haber habido previsión al respecto”, comparación que extendió a los miembros de las Policías Locales a los que se había reconocido igualmente la posibilidad de anticipar su jubilación. Apoyada en esos alegatos, la demanda pedía “la estimación del recurso contencioso administrativo”, a cuyo efecto iba acompañada por un informe de la Inspección de Trabajo que a su juicio subrayaba la identidad de funciones de todos esos cuerpos policiales.

También aducía el recurrente que la estimación de su pretensión había de comportar “la indemnización de daños y perjuicios”, por el daño moral que conllevaba *per se* la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad, “en especial cuando lo causa el Gobierno”. A su propio entender, el interesado había tenido que seguir trabajando hasta que se le reconoció legalmente la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada (desde el día 1 de enero de 2022), “en discriminación injustificada

con los miembros de otros cuerpos policiales”. La demanda calculaba el monto de dicho resarcimiento “en 2.000€ por cada uno de los seis meses que ha permanecido trabajando más allá de la fecha en que habría podido jubilarse anticipadamente de no haber sido discriminado”, para llegar a un cómputo total de 12.000€.

En su contestación a la demanda, el Abogado del Estado solicitaba la declaración de “pérdida sobrevenida del objeto del recurso”, dado que “el derecho fundamental invocado “ya ha sido restablecido por la ley 22/2021” y que ello dejaba sin contenido la pretensión indemnizatoria pues. A mayor abundamiento, aducía la representación del Estado que la diversidad de trato se debía “únicamente a cambios normativos y a las diferentes fechas en que han tenido lugar en cuerpos funcionariales específicos de Comunidades Autónomas distintas, no supone ninguna discriminación ni se opone al principio de igualdad”, y precisaba que si se había reconocido en distintos momentos a los miembros de la Ertzaintza y a los del Cuerpo de Mossos d’Esquadra la posibilidad de adelantar la jubilación había sido “por decisión soberana de las Cortes Generales en el ejercicio de su potestad legislativa”, siendo así que “solamente a través de una valoración individual, singular, separada y no comunicable a otros cuerpos o escalas de funcionarios, mediante el procedimiento previsto en el Real Decreto 1698/2011, puede establecerse para un cuerpo de funcionarios el adelanto de la edad de jubilación”. No hay norma jurídica, insistía el Abogado del Estado, en virtud de la cual “todas las categorías de funcionarios con igual o análoga estructuración hayan de tener acceso al anticipo de la edad de jubilación y, además, al mismo tiempo y en las mismas condiciones”, algo que en sus palabras ni siquiera podía deducirse del artículo 14 de la Constitución.

El Ministerio Fiscal propugnaba la desestimación del recurso por cuanto era evidente que el actor no había solicitado del órgano administrativo competente la jubilación anticipada durante el tiempo en el que, efectivamente, se había producido “una situación de desigualdad no justificable en el acceso a la jubilación anticipada en los funcionarios del Cuerpo de Mossos d’Esquadra” (hasta la equiparación llevada a cabo por la Ley 22/2021), razón por la cual “ningún perjuicio económico se le ha irrogado durante el período comprendido entre 2010 y 2022”. De ahí que dicha instancia pública considerara sin fundamento la pretensión indemnizatoria, además de apuntar que con la entrada en vigor del mencionado texto legal se había producido “una satisfacción extraprocesal” de la pretensión del interesado, en tanto que se había puesto fin a “la situación de desigualdad en relación con la jubilación anticipada de los policías catalanes respecto de los vascos”.

V. Normativa aplicable al caso

Artículo 14 Constitución: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Artículo 161 bis.1 LGSS (RDLeg.1/1994, de 20 de junio): “La edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca. De igual modo, la edad mínima a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo anterior podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la

de 52 años. Los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el apartado 2 del artículo 163, a la jubilación regulada en la norma 2.^a del apartado 1 de la disposición transitoria tercera y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada”.

Disposición adicional cuadragésima séptima LGSS (RDLeg.1/1994, de 20 de junio). Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza: “1. La edad ordinaria de 65 años exigida para el acceso a la pensión de jubilación se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo de la Ertzaintza o como integrantes de los colectivos que quedaron incluidos en el mismo. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el párrafo anterior en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los 60 años, o a la de 59 años en los supuestos en que se acrediten 35 o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de la Ertzaintza, o en los colectivos que quedaron incluidos en el mismo, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el párrafo anterior. 2. El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación. Tanto la reducción de la edad como el cómputo, a efectos de cotización, del tiempo en que resulte reducida aquélla, que se establecen en el apartado anterior, serán de aplicación a los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza que hayan permanecido en situación de alta por dicha actividad hasta la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación. Asimismo, mantendrán el derecho a estos mismos beneficios quienes habiendo alcanzado la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el apartado 1 de esta Disposición adicional cesen en su actividad como miembro de dicho Cuerpo pero permanezcan en alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en el que por razón de ésta queden encuadrados. 3. En relación con el colectivo al que se refiere esta disposición procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador. Durante el año 2010 dicho tipo de cotización adicional será del 4,00 por ciento, del que el 3,34 por ciento será a cargo de la empresa y el 0,66 por ciento a cargo del trabajador. Estos tipos de cotización se ajustarán en los años siguientes a la situación del colectivo de activos y pasivos. 4. El sistema establecido en la presente Disposición adicional será de aplicación después de que en la Comisión Mixta de Cupo se haga efectivo un acuerdo de financiación por parte del Estado de la cuantía anual correspondiente a las cotizaciones recargadas que se deban implantar como consecuencia de la pérdida de cotizaciones por el adelanto de la edad de jubilación y por el incremento en las prestaciones en los años en que se anticipe la edad de jubilación, en cuantía equiparable a la que la Administración del Estado abona en los casos de jubilación anticipada de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el Régimen de Clases Pasivas”.

Disposición adicional vigésima bis LGSS (RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre), añadida por Ley 22/2021 de PGE para 2022. Coeficientes reductores de la edad de jubilación de los miembros del Cuerpo de Mossos d’Esquadra: “1. La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a), se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar el coeficiente reductor del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo de Mossos d’Esquadra. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el párrafo anterior en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a los sesenta años, o a la de cincuenta y nueve años en los supuestos en que se acrediten treinta y cinco o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de Mossos d’Esquadra sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la

actividad a que se refiere el párrafo anterior. 2. El período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación. Tanto la reducción de la edad como el cómputo, a efectos de cotización, del tiempo en que resulte reducida aquélla, que se establecen en el apartado anterior, serán de aplicación a los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra que hayan permanecido en situación de alta por dicha actividad hasta la fecha en que se produzca el hecho causante de la pensión de jubilación. Asimismo, mantendrán el derecho a estos mismos beneficios quienes habiendo alcanzado la edad de acceso a la jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el apartado 1 de esta disposición adicional cesen en su actividad como miembro de dicho cuerpo, pero permanezcan en alta por razón del desempeño de una actividad laboral diferente, cualquiera que sea el régimen de la Seguridad Social en el que por razón de ésta queden encuadrados. 3. En relación con el colectivo al que se refiere esta disposición, procederá aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto para la empresa como para el trabajador. 4. El sistema establecido en la presente disposición adicional será de aplicación a partir de la entrada en vigor de esta ley y, en ejercicios posteriores, en el marco de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado se ajustarán los tipos de cotización y se actualizará el cálculo de la transferencia nominativa con la que la Administración General del Estado financiará a la Generalitat de Catalunya el coste de la jubilación anticipada de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra”.

Artículo 1 RD 1698/2011, de 18 de noviembre, de desarrollo del artículo 161 bis 1 de la LGSS aprobada por RDLeg.1/1994, de 20 de junio: “Lo dispuesto en este real decreto se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten estar trabajando o haber trabajado en los sectores o actividades, en las escalas, categorías o especialidades correspondientes, que se aprueben en la correspondiente norma específica, y en las escalas, categorías o especialidades que resulten afectadas, con sujeción al procedimiento general establecido en el capítulo III. Quedan excluidos de lo dispuesto en este real decreto aquellos trabajadores encuadrados en una actividad que ya tenga reconocida en otra norma la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación o, en su caso, anticipación de la misma, sin perjuicio de lo indicado en la disposición adicional primera”.

Artículo 2 RD 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local: “1. La edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación conforme al artículo 205.1.a) y la disposición transitoria séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con respecto a quienes se refiere el artículo 1 se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20. 2. La aplicación de la reducción de la edad de jubilación prevista en el apartado anterior en ningún caso dará ocasión a que la persona interesada pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior en 5 años a su edad ordinaria de jubilación, o en 6 años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, por el ejercicio de la actividad a que se refiere el artículo 1. 3. La anticipación de la edad de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores a que se refiere el apartado 1 se condicionará tanto a la necesidad de tener cubierto el periodo de carencia de 15 años que se exige para acceder a dicha prestación como los 15 años de cotización como policía local necesarios para poder aplicar el coeficiente”.

Artículo 3.1 RD 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: “Corresponden a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social las

funciones siguientes:....d) La tramitación del procedimiento para la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación”.

VI. Doctrina básica

“Por tanto, si ha habido un derecho fundamental que debía restablecerse, si la diferencia de trato no estaba justificada, como admiten Abogado del Estado y Ministerio Fiscal y, si esa situación se ha mantenido por seis meses, no parece posible otra solución que declararlo así. Ahora bien, el hecho de que el Sr. Isidro no pudiera servirse seis meses antes de los coeficientes reductores que le permitían su edad y sus años de cotización, sobre los que tampoco hay controversia, según nos dice y no se ha negado, no significa que debamos reconocerle el derecho a la indemnización que pretende. Al reclamarla dice que es para compensarle los daños morales que ha sufrido, pero no los concreta en modo alguno ni nos explica de qué manera los traduce en la reclamación de 2.000€ por cada uno de los seis meses en cuestión. Por eso y porque esta sentencia, al reconocer que sufrió temporalmente una discriminación injustificada sirve de satisfacción no sólo jurídica sino también moral, hemos de rechazar su pretensión de resarcimiento” (F.J. QUINTO).

VII. Parte dispositiva

“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido (1.º) Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo n.º 223/2021, interpuesto por don Isidro en demanda del cese de la discriminación de la que se consideraba objeto como agente de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra respecto de otros cuerpos policiales y, en concreto, respecto de los funcionarios de la Policía del País Vasco-Ertzaintza, en materia de acceso a la jubilación anticipada. (2.º) Declarar que el Sr. Isidro fue discriminado durante los meses en que no pudo anticipar su jubilación. (3.º) No hacer imposición de costas”.

VIII. Pasajes decisivos

“En fin, no hay duda de que, tras la disposición final vigésima octava de la Ley 22/2021, vigente con posterioridad a la reclamación del Sr. Isidro y a la interposición de su recurso, ninguna controversia permanece en torno al tratamiento de la jubilación anticipada de los mossos d'esquadra por comparación con los miembros de la Ertzaintza o con los policías locales”.

“Hechas las precisiones anteriores, hay que coincidir con el Abogado del Estado cuando dice que las diferencias existentes en el régimen de cuerpos funcionariales distintos, más si no son de la misma Administración, no entrañan necesariamente una discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución. Es la ley, dice su artículo 103.3, la que establece el estatuto de los funcionarios públicos y no tiene que ser el mismo para todos ellos en aspectos como la edad para acceder al empleo público o para acceder a la pensión de jubilación ya que la ley puede establecer excepciones a la regla general para lo uno y para lo otro [artículos 56.1 c) y 67 del Estatuto Básico del Empleado Público y 206 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social]”.

“En principio, una determinada previsión establecida por el legislador para un cuerpo o escala de funcionarios no tiene por qué extenderse a otro u otros en la medida en que el régimen correspondiente al que están sujetos responde a las características específicas y a las funciones propias de cada uno, consideradas por sus disposiciones estatutarias”.

“Ahora bien, en este caso nos encontramos con que la diferencia controvertida se concreta en el específico aspecto de la anticipación de la jubilación y con que no se ha discutido la identidad de funciones entre los miembros de las policías autonómicas vasca y catalana, ni ofrecido una razón sustantiva por la que no pudiera extenderse a estos últimos la solución establecida por el legislador para aquellos. Otro tanto puede decirse de la decisión de la Administración de extender a los integrantes de las Policías Locales la posibilidad de anticipar su jubilación en los términos vistos. Así,

pues, el legislador con la Ley 26/2009 y la propia Administración mediante el Real Decreto 1449/2018 han admitido desde hace varios años la existencia de razones para reconocer a quienes se encuentran en una situación semejante a la de los mossos desquadra la opción de la jubilación anticipada. Además, el mismo legislador, con la disposición final vigésima octava de la Ley 22/2021 ha venido a confirmar esa identidad al reconocérsela finalmente también a los mossos desquadra. Seguramente, lo anterior explica que el Abogado del Estado nos diga que el derecho fundamental invocado "ya ha sido restablecido" y que el Ministerio Fiscal admita que, si bien temporalmente, ha habido una desigualdad no justificable. Por tanto, si ha habido un derecho fundamental que debía restablecerse, si la diferencia de trato no estaba justificada, como admiten Abogado del Estado y Ministerio Fiscal y, si esa situación se ha mantenido por seis meses, no parece posible otra solución que declararlo así".

"Ahora bien, el hecho de que el Sr. Isidro no pudiera servirse seis meses antes de los coeficientes reductores que le permitían su edad y sus años de cotización, sobre los que tampoco hay controversia, según nos dice y no se ha negado, no significa que debamos reconocerle el derecho a la indemnización que pretende. Al reclamarla dice que es para compensarle los daños morales que ha sufrido, pero no los concreta en modo alguno ni nos explica de qué manera los traduce en la reclamación de 2.000€ por cada uno de los seis meses en cuestión. Por eso y porque esta sentencia, al reconocer que sufrió temporalmente una discriminación injustificada sirve de satisfacción no sólo jurídica sino también moral, hemos de rechazar su pretensión de resarcimiento".

IX. Comentario

La solución aportada por la sentencia TS (cont.) 1140/2022 parece natural, como algo que fluyera sin mayor esfuerzo. Pero los temas que anidan en su sustrato son de gran envergadura. En esencia, se trata de la discriminación a través del régimen jurídico asignado a una determinada parcela de la realidad social, y, más concretamente, de la discriminación que pueden sufrir, no quienes son contemplados o atendidos directamente por la norma, sino precisamente aquellos que quedan fuera de su radio de acción. Como regla general, la jurisprudencia constitucional acepta las distinciones de régimen jurídico cuando concurren diferencias de suficiente peso en las situaciones objeto de comparación. Es aceptable, por decirlo de manera más apegada al terreno, la diferencia normativa que se deriva de la creación legal de relaciones laborales de carácter especial, o la que se genera con la compartimentación del sistema de seguridad social en regímenes diversos. Pero siempre bajo una condición insoslayable: que las situaciones de hecho o las circunstancias reales alberguen también datos diferenciadores, y que la diversidad normativa guarde proporción con ese diferencial de partida. No es admisible, visto desde la perspectiva contraria, la diferencia de regulación que emana, si se pudiera decir así, de una decisión u opción caprichosa o infundada del legislador.

Siendo así, es claro que el punto crucial en el juicio del TS se situaba en las situaciones de hecho que el demandante había sometido a comparación. En la hipótesis de que fuera situaciones equiparables, la diferencia normativa carecería de sentido, hasta el punto de que la respuesta jurisdiccional sólo podía tener como horizonte el restablecimiento, como el propio TS enfatiza, del derecho fundamental en juego. No puede ser de otra manera, podríamos añadir. En todo caso, cabría preguntarse por el grado de relevancia en esta clase de contextos tanto del factor desencadenante de la intervención legal, como del ritmo intrínseco al correspondiente itinerario legislativo. Todos sabemos que muchas veces el régimen jurídico de una determinada institución se construye a través de un proceso más o menos extendido en el tiempo, y no de una sola vez. Eso es lo que ha pasado, justamente, en el campo de la anticipación de la edad de jubilación, especialmente en la que hunde su razón de ser en motivos ligados a las condiciones de trabajo. En casos como éste, no siempre se tienen a mano todos los datos de la realidad social que por una u otra vía pudiera verse afectada o concernida. Por ello, es prácticamente inevitable que el legislador actúe a partir de un supuesto más o menos sensible o perentorio, sin una toma de

conciencia propiamente dicha de la existencia de otros supuestos idénticos o siquiera semejantes. ¿Es esa eventual intervención normativa discriminatoria por no abarcar todos los casos que pudieran tener identidad de razón, al margen de que se tenga o no referencias sobre ellos? ¿Debe ser “completa” e intachable en la delimitación de su ámbito de aplicación toda acción legislativa aun cuando no se posean datos ciertos del potencial de destinatarios? ¿No puede el legislador dar respuesta a demandas sectoriales o de grupos determinados sin riesgo de incurrir en discriminación? La tesis sostenida por el TS parece venirnos a decir que el círculo debe quedar cerrado desde el principio, pues la selección de alguna parcela de ese espacio de supuesta igualdad u homogeneidad y la consiguiente exclusión de alguna otra entrañaría contradicción con el principio de igualdad de trato y no discriminación. El problema (sobre todo para el legislador) es que a veces la identificación, percepción o registro de las situaciones real o potencialmente idénticas a la que pretende regularse sólo es posible a la vista de lo que nos va deparando el curso de la experiencia.

De singular interés es, por otra parte, la referencia de esta resolución del TS a la solicitud de indemnización presentada por el recurrente. Para el TS, “si la diferencia de trato no estaba justificada, como admiten Abogado del Estado y Ministerio Fiscal y, si esa situación se ha mantenido por seis meses, no parece posible otra solución que declararlo así”, pero ello no tiene por qué conducir, según esa misma instancia jurisdiccional, al reconocimiento del pretendido derecho a indemnización. Entiende el TS que la reclamación del demandante tiene como fin “compensarle los daños morales que ha sufrido”, pero de manera bastante rotunda contesta a tal petición poniendo de relieve que no concreta tales daños en modo alguno “ni nos explica de qué manera los traduce en la reclamación de 2.000€ por cada uno de los seis meses en cuestión”, y haciendo ver acto seguido que, “al reconocer que sufrió temporalmente una discriminación injustificada”, la sentencia en sí misma considerada “sirve de satisfacción no sólo jurídica sino también moral”, con el consiguiente rechazo de la pretensión de resarcimiento. ¿Quiere decir que el daño sufrido por la lesión de un derecho fundamental queda saldado con el reconocimiento y restablecimiento del derecho? De ser así, no es nada baladí, ni nada irrazonable, por cierto.

X. Apunte final

En su fundamento jurídico QUINTO, y “antes de entrar en el fondo del litigio”, la sentencia objeto de comentario estima necesario precisar “que no se ha discutido por las partes ni por el Ministerio Fiscal nuestra competencia ni que el recurso se dirige contra la inactividad de la Administración”, y que “tampoco ha habido debate sobre la identidad de funciones entre los miembros del Cuerpo de Mossos d’Esquadra y los de la Ertzaintza”. El camino seguido hasta lograr esta respuesta judicial no parece haber sido, ciertamente, un dechado de claridad, a juzgar por los antecedentes expuestos. Alguna luz suplementaria tal vez haya faltado también a propósito del juicio de igualdad y de la comparación que lleva implícita. ¿Basta con la alusión al carácter autonómico de los respectivos cuerpos de policía? ¿Eran iguales sus competencias y tareas? ¿Era igual el contexto en el que tenían que operar? No hace falta decir que no es lo mismo una discriminación que una legítima aspiración a la equiparación.

Referencias:

1. [^] *Proyecto de investigación DER2016-80327-P.*