

# SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 3 ~ AÑO 2005

Separata



## **DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO: por razón de la edad y por condiciones subjetivas**

**(Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99,  
de 24 de marzo)**

Cristina Ayala del Pino



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO  
Facultad de Estudios Sociales  
Villanueva de la Cañada

© Cristina Ayala del Pino

© Universidad Alfonso X el Sabio  
Avda. de la Universidad,1  
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

*Saberes*, vol. 3, 2005

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

## **DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO: por razón de la edad y por condiciones subjetivas**

**(Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 31/99,  
de 24 de marzo)**

*Cristina Ayala del Pino*<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Estudio del principio constitucional de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo. En este artículo se afronta la cuestión relativa a la calificación discriminatoria o no de la convocatoria de plazas de auxiliares de vuelo en su conjunto y respecto a cada uno de los requisitos de selección que la componen.

**PALABRAS CLAVE:** discriminación, acceso al empleo, edad, condiciones subjetivas.

**SUMARIO:** I.- Introducción II.- Antecedentes de hecho III.- Identificación de las cuestiones problemáticas: 1.- La calificación discriminatoria o no de la convocatoria 2.- Las causas de discriminación en el acceso al empleo: 2.1 por razón de la edad 2.2 por razón de sexo 2.3 por condiciones subjetivas 3.- La colisión entre la prohibición de discriminación en el momento previo a la contratación y la libertad de empresa 4.- Conclusiones

### **I.- INTRODUCCIÓN**

La sentencia 31/1999, de 24 de marzo dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional resuelve el procedimiento 00052/1998 promovido por demanda de la Comisión de Trabajadores de Aviación contra la empresa Iberia, S.A. Líneas Áreas Españolas y el Ministerio Fiscal, sobre tutela de derechos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Alfonso X El Sabio y Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

<sup>2</sup> Al amparo del art. 53.2 CE “*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad*”, así como la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, ha previsto el desarrollo

Esta Comisión con legitimación activa demanda tutela de derechos fundamentales<sup>3</sup>, considerando que se han vulnerado el principio constitucional de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 14 CE por la empresa Iberia, S.A. con motivo de la convocatoria de plazas de auxiliares de vuelo (tripulantes de cabina de pasajeros).

La demandante considera que el contenido de dicha convocatoria constituye una discriminación por razones de edad, sexo y condiciones subjetivas<sup>4</sup>. De este modo, si bien la Comisión plantea un problema de tutela de derechos fundamentales, no obstante la problemática propiamente dicha se centra en la calificación como discriminatoria del concurso a plazas de auxiliares de vuelo convocado por la empresa Iberia, S.A.

---

legislativo del amparo ordinario. En este sentido, véase la STC 55/1983, de 22 de junio (RTC 1983, 55), que reconoce al proceso laboral como proceso de protección jurisdiccional de los derechos laborales de carácter fundamental. La garantía jurisdiccional social de la libertad sindical y demás derechos fundamentales está prevista en los arts. 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL, en adelante).

<sup>3</sup> La Comisión o asociación sindical representa el interés legítimo del colectivo de trabajadores conforme al art. 175.1 LPL y, en consecuencia, está legitimada activamente para representar los intereses de los trabajadores, aun cuando la violación de los derechos fundamentales se haya producido fuera del ámbito de la relación laboral, esto es, en la fase previa a la contratación. Al respecto véase el Anexo 8 del Convenio Colectivo aptdo c) 1. Asimismo, la STS de 18 de febrero de 1994 (AL 1994, Ref. 995) afirma que, “ *la posible actuación discriminatoria en el ingreso al trabajo por motivos prohibidos en el art. 14 de CE puede manifestarse de dos formas, una, rechazando la solicitud de una persona concreta y, otra, mediante la negativa indiferenciada a contratar a grupos genéricos de trabajadores. La primera tiene una dimensión puramente individual, pero este matiz del problema no es único, ni agota su contenido, pues también existe la vertiente colectiva cuando el acto discriminatorio afecta a un grupo genérico de trabajadores que es innominado y no identificable personalmente, aunque puede determinarse mediante datos objetivos, como son los caracteres que le diferencian de otros grupos. En estos términos, es posible que una actuación discriminatoria sea pluriofensiva y atente contra intereses individuales y al mismo tiempo afecte al interés colectivo*”. Esta legitimación activa se sustenta en la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación. Añadir que la sentencia incluye como antecedente de hecho la nulidad por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 1998 (AS 1998, 1745), que estimó la excepción de legitimación activa.

<sup>4</sup>En virtud del art. 181 LPL “*las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos*”

## II.- ANTECEDENTES DE HECHO

Con carácter previo al análisis pormenorizado de la sentencia, es preciso exponer de manera concisa, cuáles son los motivos que han servido a la Comisión de Trabajadores de la Aviación para presentar la demanda. Estos motivos se deducen del contenido de la sentencia, que centra la cuestión en la calificación discriminatoria o no de la convocatoria en su conjunto y respecto a cada uno de los requisitos de selección que la componen.

Así pues, la empresa Iberia, S.A. con fecha de 22 de febrero de 1998 publicó una convocatoria de ámbito nacional en la prensa para cubrir las necesidades temporales de plazas de auxiliares de vuelo (tripulantes de cabina de pasajeros). Dicha empresa, conforme a lo previsto en el Anexo 8 del XII Convenio Colectivo entre Iberia S.A., y sus tripulantes de cabina de pasajeros de 7 de septiembre de 1994 (BOE 21 de septiembre de 1994), comunicó el citado concurso al Comité de Empresa y envió copia a las distintas secciones sindicales.

La convocatoria publicada exigía para participar en el concurso y, posteriormente acceder a los puestos de trabajo de tripulantes de cabina de pasajeros, la concurrencia de los requisitos siguientes:

- a) Edad: entre 18 a 25 años.
- b) Estatura: mujeres entre 1,64 y 1, 82 cm /hombres, entre 1,74 y 1,90 cm.
- c) En caso de necesitar lentes correctoras (no más de dos dioptrías), usar microlentillas.
- d) Poseer una “buena imagen”, en caso de superar el acceso.

## III. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

La sentencia de la Audiencia Nacional 31/1999 ha sido dictada en un procedimiento sobre tutela de derechos resolviendo una demanda de tutela de derechos fundamentales presentada por parte de la Comisión de Trabajadores de Aviación, por la vulneración del principio de igualdad y no discriminación previsto en el artículo 14 CE.

En este sentido, las cuestiones suscitadas por la sentencia son la siguientes: 1.- La calificación discriminatoria o no de la convocatoria. 2.-

Las causas de discriminación en el acceso al empleo: 2.1 por razón de la edad, 2.2 por razón de sexo, 2.3 por condiciones subjetivas, 3.- La colisión entre la prohibición de discriminación en el momento previo a la contratación y la libertad de empresa.

1.- La calificación discriminatoria o no de la convocatoria.

La sentencia de la Audiencia Nacional (AN, en adelante) objeto del presente comentario parte de la línea argumental mantenida por el Tribunal Constitucional<sup>5</sup> (TC, en lo sucesivo), en virtud de la cual se reconoce que *“el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 de la CE”*. De ahí que el citado órgano judicial considere necesario analizar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

En este sentido, la AN declara que el principio de igualdad debe garantizar un tratamiento igual ante supuestos de hecho iguales como resultado, reconociendo que se llega a una situación injusta cuando se ofrece un tratamiento desigual a lo que es igual o, por el contrario, se trata con igualdad lo que no es semejante. Esta declaración la apoya en los argumentos dados por el TC en torno al “elemento diferenciador”, esto es, más que comprobar las diferencias entre sí de los supuestos de hechos se comprueba cuales son las consecuencias jurídicas diferenciadas cuando se aplican tales hechos diferenciados. De este modo, la diferenciación entre los supuestos de hecho se admitiría cuando su justificación esté fundada y sea razonable. Esto es, el principio de igualdad prohíbe las desigualdades que resulten injustificadas por no fundamentarse en criterio alguno<sup>6</sup>.

Expuesta la postura defendida por la AN y, tras la lectura de su sentencia, hay que reseñar que el tema central suscitado en la misma puede tener distintos enfoques, dependiendo de si se tiene en cuenta el principio de igualdad o por el contrario se opta por el principio de prohibición de discriminación. Así pues, parece que el órgano judicial se ha inclinado por el primero en detrimento del segundo, siendo este último el que debería

---

<sup>5</sup>Cfrs., la STC 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991, 145).

<sup>6</sup> En este sentido, véanse las SSTC 177/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 177), 49/1982, de 14 de julio (RTC 1982, 49) y 52/1987, de 7 de mayo (RTC 1987, 52).

haberse tenido en cuenta al tiempo de dictar el pronunciamiento por las razones que se aportarán a lo largo de este comentario.

En primer lugar y, dado que se trata de un comentario de sentencia, no se pretende abordar la teoría sobre el principio de igualdad. Si bien, es preciso comprobar cómo opera la igualdad de trato en los procesos de colocación. Así pues, el principio de igualdad de trato nace en conexión con otros principios, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminaciones. En este sentido, recordar que el artículo 1.1 CE propugna como valor superior del ordenamiento jurídico la igualdad y, en concreto, el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación están reconocidos en el artículo 14 CE. Este artículo se presenta como un límite objetivo del poder y como un derecho de la persona, esto es, constituye un derecho fundamental en sí mismo y es condición para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

En este sentido, desde la perspectiva constitucional, hay un sector doctrinal que considera que el primer inciso del artículo 14 CE consagra el principio de igualdad y reconoce un derecho a la igualdad (igualdad en la ley y ante la ley o en la aplicación de la ley) y en su inciso segundo establece el mandato de prohibición de discriminación por razones específicas de la que se deriva un derecho fundamental a la no discriminación<sup>7</sup>. Mientras que otro sector doctrinal reconoce que la importancia del principio de igualdad, al tratarse de un concepto relacional, se halla en la elección del criterio mediante el cual se va a hacer la comparación<sup>8</sup>. No obstante, ambas corrientes coinciden en reconocer que las causas específicas de prohibiciones para diferenciar previstas en la CE (sexo, raza o condiciones personales) exigen un tratamiento más estricto de la razonabilidad con la que se debe justificar el trato desigual y en admitir que no está prohibida toda diferencia de trato, ya que es posible que se admita aun cuando se base en alguna de las causas específicamente prohibidas cuando sea razonable por ser necesaria para alcanzar un fin en sí

---

<sup>7</sup>Al respecto véanse, CRUZ VILLALÓN, P.: “El principio de igualdad y otros conceptos afines”, *Jornadas sobre los Derechos individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, p.43; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> F.: “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Coord. Alarcón Caracuel, M.R.: Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 168; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

<sup>8</sup>*Vid.*, RUBIO LLORENTE, E.: *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1993, p. 652.

mismo inobjetable<sup>9</sup>. Es decir, para determinar si la diferenciación es o no razonable se ha de comprobar si las razones diferenciadoras contravienen lo dispuesto por la CE.

De ahí que, por una parte, el principio de igualdad hace referencia a una estricta imposición de igualdad de trato, esto es, impone un tratamiento igual ante situaciones iguales, lo que impide dar a estas últimas un trato diferente sin justificación suficiente. Así pues, la diferencia de trato no se basa en una de las causas de discriminación previstas en dicho artículo, sino que el trato desfavorable exige la concurrencia de una razón objetiva y razonable. De ahí que este principio tenga como exigencia la razonabilidad de las distinciones y de las parificaciones, prohibiéndose las distinciones por razones arbitrarias. Asimismo, dicho principio precisa de un término de comparación, esto es, en el momento de realizar el juicio de igualdad y razonar acerca de la posible vulneración del derecho a la igualdad es necesario aportar dicho término, sin el cual no es posible llevar a cabo aquél. Y, por la otra, el mandato de prohibición de la discriminación constituye una manifestación específica del principio de igualdad, presentándose como un complemento dotado de un significado particular. Es decir, este segundo inciso del artículo 14 CE reconoce el derecho a no sufrir discriminaciones, pero no un posible derecho a imponer o exigir diferencias de trato. Si bien, este principio no califica toda diferenciación como discriminatoria, sino que el carácter discriminatorio de aquélla se ha de basar en alguna de las circunstancias específicas anunciadas en el artículo citado o que suponga una lesión de un derecho o la vulneración de una norma<sup>10</sup>.

En este sentido, la prohibición de no discriminación se deduce del principio de igualdad ante la ley, presentándose como una desigualdad en la elaboración y aplicación de la ley que carece de una justificación objetiva y razonable constituyendo, por lo tanto, una discriminación. Así pues, al tiempo de establecer diferencias normativas este mandato de paridad y de exclusión respecto a esas circunstancias prohíbe tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos que el precepto constitucional expresamente menciona. De hecho, la prohibición de discriminación trata de evitar las diferencias de trato futuras o presentes, que sean rechazables por

---

<sup>9</sup>*Ibidem*, p. 659.

<sup>10</sup>Cfrs., las SSTC 59/1982, de 28 de julio (RTC 1982, 59), 49/1983, de 1 de junio (RTC 1983, 49), 34/1984, de 9 de marzo (RTC 1984, 34), 14/1985, de 1 de febrero (RTC 1985, 14) y 63/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 63).

su contrariedad a la dignidad humana. Por ello, a través de la misma se intenta proteger a aquellos colectivos desfavorecidos o marginales, a fin de garantizarles la efectiva igualdad, siendo la paridad el medio, la igualdad efectiva el fin y el principio de no discriminación aquel derecho humano irrenunciable, que afecta directamente a su dignidad<sup>11</sup>.

No obstante, el concepto de discriminación va más allá de las apreciaciones hechas. La acción verbal de discriminar es pareja a separar, distinguir o diferenciar una cosa de otra. En términos jurídico laborales significa cualquier distinción, exclusión o preferencia que se fundamente en determinados motivos que tengan como resultado anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el acceso al empleo y en la ocupación. De este modo, la delimitación conceptual del concepto de discriminación nos permitirá pronunciarnos sobre el carácter o no discriminatorio de la convocatoria de plazas de auxiliares de vuelo objeto de este comentario. Así, dicho término comprende aquellas conductas que tienen un resultado peyorativo para el sujeto que las sufre, bien porque limitan sus derechos o sus expectativas por la concurrencia en su persona de factores que expresamente están descartados por la CE, por atentar contra la dignidad humana<sup>12</sup>. Es decir, la discriminación se manifiesta cuando la diferenciación de trato frente al contenido de la norma genera un efecto peyorativo contra el sujeto discriminado, por presentar ciertos rasgos personales y sociales, de manera que esa diferenciación en sí misma pone en peligro su dignidad humana y los derechos inherentes a su persona.

Por todo ello, teniendo en cuenta la distinción y la aproximación conceptual precedentes, no cabe duda que la conducta discriminatoria puede manifestarse no sólo en el ámbito de la relación laboral, sino incluso fuera de la misma<sup>13</sup>. En consecuencia, la mera negativa empresarial arbitraria o

---

<sup>11</sup>*Vid.*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *MTSS*, 13/1998, p. 63.

<sup>12</sup>Cfrs., la STC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173), donde el principio de igualdad (no cualificado por la concurrencia de circunstancias discriminatorias) no es de aplicación al acceso al empleo.

<sup>13</sup>El resultado peyorativo que un sujeto sufre puede producirse no sólo durante el transcurso de la relación laboral, sino también en el momento previo a la misma. Así pues, la prohibición de discriminación se impone no sólo cuando existe relación jurídica, sino también cuando no existe. Esta postura según la doctrina suscita dudas en cuanto a su razonabilidad, “dada la naturaleza de las cosas en una economía fundada en la libertad de empresa y el respeto a la iniciativa privada”. En este último sentido véase: GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: “Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa”, *AL*, 1996, p. 43.

injustificada a contratar por alguno de los motivos prohibidos por ser discriminatorio vulneraría el artículo 14 CE, esto es, no cabe desconocer que en el ámbito de las relaciones empresariales el citado artículo impone una limitación.

Por otra parte y, desde la perspectiva legal, si bien es cierto que en el ámbito de la relación de trabajo no hay norma que imponga un principio absoluto de igualdad de trato, no es menos cierto que el artículo 17.1 ET se refiere a la prohibición de trato discriminatorio fundada en alguna de las causas que expresamente prevé dicho artículo como factores diferenciales prohibidos<sup>14</sup>. En igual sentido, el artículo 4.2 c) ET reconoce el derecho “*a no ser discriminado para el empleo, (...), por razones de sexo, por la edad dentro de los límites marcados por esta Ley, (...)*” y el artículo 8.12 LISOS sanciona como faltas muy graves “*las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones desfavorables por razón de edad, por circunstancias de sexo (...)*”, así como el artículo 16.2 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden social (LISOS, en adelante) califica como infracción muy grave “*establecer condiciones, mediante la publicidad, (...), que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, edad (...)*”.

En cuanto a la normativa internacional sobre igualdad y prohibición de discriminaciones es bastante numerosa. Si bien, para nuestro comentario tendremos en cuenta la más relevante. Entre ellas, el artículo 1 del Convenio de la OIT núm.111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación de 25 de julio de 1958 y ratificado por España el 6 de noviembre de 1967 que reconoce las conductas discriminatorias como fenómenos de desigualdad y marginación social en materia de empleo, y la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Asimismo, el Convenio de la OIT núm. 156, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, de 23 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985, en virtud del cual se obliga a los Estados ratificantes a dirigir su política permitiendo el acceso a un empleo de estas personas sin que sean objeto de discriminación; y la Convención de 18 de diciembre de 1979 de la ONU, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983, sobre

---

<sup>14</sup>Cfrs., la STC 34/1984, de 9 de marzo (RTC 1984, 34).

eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, sobre todo, la discriminación en el empleo tratando de alcanzar la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo.

En consecuencia, al proyectar el principio de igualdad sobre el proceso de selección de trabajadores estamos aludiendo a las limitaciones que pueden derivarse del mismo para establecer distinciones, preferencias o exclusiones en las convocatorias u ofertas de empleo a voluntad de quien realice el concurso o la oferta. Ciertamente es, que con esta medida se quiere imponer límites a la libertad de empresa en el desarrollo de dicho proceso. Así, aun cuando el proceso de selección y consiguiente contratación de trabajadores esté fundamentada en la autonomía de la voluntad de quien selecciona y contrata, esto es, en la libertad. Dicho principio queda en entredicho cuando el que selecciona y contrata no puede establecer distinciones, preferencias y exclusiones que considere oportunas. Siendo un hecho incuestionable que la discriminación surge cuando se impide el acceso de un trabajador al empleo por alguno de los motivos previstos por la ley, considerándose la conducta del empresario en tales casos como ilícita.

Por ello, la cuestión queda reducida a la operatividad del principio de igualdad en los procesos de colocación de trabajadores (las denominadas ofertas de empleo) y, en concreto, si la convocatoria es o no discriminatoria y, por tanto lesiva, en razón de una circunstancia personal, al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE. La conclusión a la que se ha llegado, no es otra sino que la convocatoria presentada por la empresa Iberia, S.A., cuyo contenido exige la concurrencia de reglas o criterios de selección a los candidatos que accedan al empleo, sin ofrecer justificaciones ni razonables ni objetivas, vulnera el artículo 14 CE, el contenido de los artículos 4.2 c) y 17.1 ET y contraviene lo dispuesto en el Convenio de la OIT núm. 111 sobre discriminación en el empleo y ocupación. Además, aun cuando la empresa ha difundido su convocatoria con libertad, si nos remitimos al contenido de los artículos 8.12 y 16.2 LISOS, la misma puede ser sancionada por infracción muy grave al haber fijado requisitos en una convocatoria anunciada en prensa que constituyen discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de edad y sexo. De hecho, el empresario al incluir estos criterios de selección tiene la intención de fijar reglas de distinción, exclusión o que otorguen preferencias, condicionando el acceso al empleo. De manera que, al excluir o preferenciar por los criterios exigidos el acceso a la oferta sólo podrá realizarse por los candidatos que se

encuentren en la regla objeto de la preferencia, excluyéndose al resto de los candidatos<sup>15</sup>.

Asimismo, los criterios de selección fijados en la convocatoria son ilícitos por discriminatorios, pues sus exigencias han atentado contra el derecho reconocido a los trabajadores a no ser discriminados, entre otras razones, por razón de la edad y por sexo en el proceso previo al acceso al empleo conforme al artículo 4. 2 c) ET. Es decir, este derecho ha de ser reconocido incluso cuando el empresario y el trabajador no han establecido vínculo jurídico entre ellos, ya que es un hecho cierto que al no existir un vínculo contractual, el empresario goza de un poder de selección casi ilimitado sobre los posibles candidatos al puesto de trabajo. De ahí que la igualdad y la prohibición de discriminación se prediquen tanto en el empleo como respecto a las condiciones de trabajo durante el curso de la relación laboral<sup>16</sup>.

En definitiva, la convocatoria no debía haber incluido requisitos o reglas de selección que se consideren como discriminatorios, puesto que la naturaleza del trabajo no exige razonablemente la presencia de factores tales como la edad y determinadas condiciones subjetivas para su desarrollo.

## 2. Las causas de discriminación en el acceso al empleo:

---

<sup>15</sup>La sanción que se podría imponer es administrativa, esto es, se sanciona la difusión por publicidad o por cualquier otro medio. Así, el art. 40.1 c) LISOS prevé el importe de la sanción que va desde los 30.052,62 a 601.012,10 euros. Cifra de considerable importancia. No obstante, el Código Penal de 1995 prevé, dentro del Título autónomo de delitos contra los derechos de los trabajadores, el art. 314, en virtud del cual se reconoce que “*los que produzcan una grave discriminación en el empleo (...) por razón de su sexo (...) y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan observado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses*”. Sin embargo, al prever el artículo una sanción administrativa, hace que el contenido del mismo resulte inoperante, ya que por muy grave que sea la discriminación no se podrá actuar penalmente si no hay un requerimiento o sanción administrativa previa, lo que suscita problemas de efectividad de la intervención penal en caso de que la actuación administrativa sea recurrida en vía administrativa y posteriormente ante los tribunales contencioso-administrativos. En este sentido, véase CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: “La sanción penal en la discriminación; especial referencia a la discriminación por razón de enfermedad y al nuevo delito de discriminación en el trabajo”, *CDJ*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 309 a 315.

<sup>16</sup>*Vid.*, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 30.

La sentencia de la AN se pronuncia respecto a cada uno de los requisitos de selección de la convocatoria. De ahí que, se haya optado por comentarlos por separado.

### 2.1 por razón de la edad.

La convocatoria exige como regla o criterio de selección la edad “entre los 18 y los 25 años” para acceder a las plazas de tripulantes de cabina. En este sentido, la AN declara que dicha exigencia no es susceptible de discriminación, reconociendo que el límite de 25 años se justifica por ser “una circunstancia objetiva” íntimamente relacionada con el inicio de la actividad laboral, que presume se va a prolongar durante “bastantes años”. Por lo que dicho órgano judicial reconoce que “no parece desmesurado ni irracional que la empresa sitúe un tope de edad para el acceso a dicho empleo”. Además, la presencia de trabajadores con edad de 50 años en la empresa demuestra que llevan años en la misma, por lo que justifica el acceso con 25 años de los trabajadores porque “estarán lustros en Iberia” y alcanzarán la edad de 50 años. Por ello, la AN considera que la exigencia del tope de edad queda totalmente justificada y satisface el deseo de la empresa que no es otro sino garantizar “una cierta durabilidad de esos puestos”, siempre que se incorporen a la empresa candidatos con edades comprendidas entre los 18 y los 25 años.

Los argumentos dados por el órgano judicial permiten centrar la cuestión en el requisito de la edad como causa de discriminación. En primer lugar, hay que tomar como punto de partida qué se entiende por edad. El concepto de edad hace referencia a la condición personal que acompaña a la persona a lo largo de su existencia, que no puede ser ignorada o negada. Es decir, comprende el período de tiempo que va desde que la persona nace hasta el momento en que se considere, dato que no dice gran cosa de la aptitud que tiene una persona.

En este sentido, la cuestión relativa a la discriminación por la edad resulta relevante por ser una causa que puede afectar a todas las personas de la sociedad, creándose grupos marginales de población, a los que se limita desempeñar determinadas funciones por ser demasiado “jóvenes” o demasiado “viejos”, al tener una determinada edad. Siendo un hecho incuestionable que a medida que se cumplen años la posibilidad de ser discriminado por razón de la edad se incrementa, sobre todo, en el momento de acceder al empleo. De ahí que, en tales situaciones sea preciso garantizar un mayor apoyo social y evitar toda manifestación discriminatoria por

razón de la edad, ya que el hecho de segregar a las personas conforme a su edad nos privaría de la gran experiencia de intercambio que aportan otras generaciones, lo que significaría estar desaprovechando a estas personas.

De hecho, frente a las discriminaciones tradicionales como por ejemplo: el sexo, la discriminación por la edad emerge como una discriminación que cobra cada día más fuerza, convirtiéndose a la vez en refugio de otros tipos de discriminaciones. Así, no sería extraño que dado que es un tipo de discriminación que afecta al individuo aislado la tendencia sea crear organizaciones, cuyo objeto sea la defensa contra el edadismo<sup>17</sup>. Por ello, la discriminación por razón de la edad como prejuicio que nos afecta a todos, si bien de manera diferente a lo largo de nuestras vidas, exige un reconocimiento por parte de todos.

Teniendo en cuenta esta delimitación conceptual, el requisito de la edad previsto en la convocatoria y su posible carácter discriminatorio encuentra su amparo constitucional en el artículo 14 CE. Su segundo inciso prevé la prohibición de discriminación, que no menciona expresamente la edad como causa específica de discriminación. Sin embargo, esta causa sí ha de considerarse la misma incluida como circunstancia personal dentro de la cláusula genérica de cierre del citado artículo<sup>18</sup>. Esta referencia genérica a las condiciones personales es también frecuente en los textos internacionales que reconocen la prohibición de la discriminación<sup>19</sup>. Sin embargo, el

---

<sup>17</sup>El alargamiento de la duración media de la vida y la época de crisis económica son factores que contribuyen a que se agrave la posibilidad de marginar a posibles colectivos acudiendo a la discriminación por razón de la edad. Así, es posible fomentar el acceso al empleo de personas jóvenes, considerando “viejos” a las personas a partir de los 40 años, siendo en tales casos las perspectivas de empleo cada vez más restringidas. Al respecto véase, SABRERA, M.: *Edadismo contra “jóvenes” y “viejos”. La discriminación universal*, Fundamentos, Madrid, 1992, pp. 10 a 13.

<sup>18</sup>Así lo ha declarado el TC *la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquier otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal que debe predicarse de la edad*”. Cfrs., las SSTC 75/1983, de 3 de agosto (RTC 1983, 75) y 31/1984, de 7 de marzo (RTC 1984, 31). Esta última, se refiere a un supuesto de diferenciación salarial en relación a la edad, la cual no se ha declarado inconstitucional, pero por estimar que la misma no es aplicable cuando los trabajadores jóvenes realizan un trabajo de igual valor que de los de más edad.

<sup>19</sup>El art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos y Libertades

Convenio de la OIT núm. 111 de 1958 que prevé la edad en una cláusula genérica, se pronuncia más enérgicamente sobre la discriminación en el empleo de los trabajadores por razón de la edad a partir de la Recomendación 162 (66 Reunión de la Conferencia General de 1980), que en su Parte II.5 reconoce que “*los trabajadores de edad deberían disfrutar, sin discriminación por razón de edad, de igualdad de oportunidades y de trato respecto de otros trabajadores*”. No obstante, dicha Recomendación en su Parte II.5.b.j) admite que “*excepcionalmente se fijen límites de edad a causa de las exigencias, condiciones o reglamentaciones particulares de ciertos tipos de empleo*”, lo que corresponde al contenido previsto en el artículo 1.2 del citado Convenio<sup>20</sup>.

Asimismo, la reciente Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional reconoce en su artículo 3.1 c) “*la igualdad de trato y la no discriminación por razón de sexo, (...), edad dentro de los límites legalmente marcados, (...) siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de se trate*”.

En igual sentido, esta prohibición está prevista en el Estatuto de los Trabajadores. Por una parte, el artículo 4.2.c) ET, en virtud del cual se reconoce expresamente el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de la edad “*dentro de los límites marcados por esta ley*”, lo que significa que el propio ET está admitiendo tratamientos diferenciados por razón de la edad, que quedarían fuera de la prohibición de discriminación por esta causa<sup>21</sup>. No obstante, este artículo tiene que ser interpretado junto con la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14 CE que está por encima del mismo. Y por la otra, el artículo 17.1 ET declara la nulidad de “*los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario*” de carácter discriminatorios por razón de la edad. Si bien, este artículo prohíbe por razón de la edad las discriminaciones desfavorables, mientras que se

---

Fundamentales no reconocen a la edad como causa de discriminación, si bien incorporan en sus textos cláusulas de cierre similares a la prevista en el art. 14 CE.

<sup>20</sup>En virtud del cual se establece que “*las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*”. Del contenido de este artículo se deduce que será lícita la limitación de la oferta si el empleo exige tal limitación. Lo que cuestiona las limitaciones por razón de la edad.

<sup>21</sup>Así, por ejemplo el art. 6 ET sobre la edad mínima para trabajar y la DA 10 ET que impone el límite máximo de edad para trabajar.

está ante las otras causas la prohibición se refiere tanto a las discriminaciones favorables como a las desfavorables<sup>22</sup>. A pesar de ello, el sentido de la prohibición del trato favorable está en que en ocasiones puede originarse una discriminación porque la diferenciación causa un perjuicio a los no favorecidos por ella<sup>23</sup>.

Así pues, la problemática se complica porque las causas previstas en la CE no tienen un contenido claro. De ahí que, sea necesario que el juez al tiempo de emitir un juicio sobre la razonabilidad de la distinción acuda a las denominadas “fuentes culturales del derecho”, que permiten respetar los principios inmodificables que están implícitos en la CE. Normalmente, estas fuentes toman como referencia la llamada “conciencia jurídica de la comunidad”, si bien esta conciencia no está muy definida en relación al uso de la edad como criterio de empleo, siendo difícil encontrar el contenido material de la razonabilidad en que consiste el criterio comparativo mediante el que se hace la diferencia entre trabajadores maduros respecto a otros que no lo son<sup>24</sup>.

De hecho, antes de buscar una justificación razonable para diferenciar en el acceso al empleo por razón de la edad, hay que recordar que la edad es una de las causas de discriminación expresamente prohibidas constitucional y legalmente<sup>25</sup>. En consecuencia, si el empresario decide

---

<sup>22</sup>Recordar que las agencias de colocación y las ofertas de empleo están sujetas a la prohibición de discriminaciones sean adversas o favorables por razón de la edad conforme al art. 16.2 ET que ha de ser interpretando junto al art. 4.2. c) del mismo texto legal.

<sup>23</sup>Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “No discriminación en las relaciones laborales”, *Comentarios a las Leyes Laborales*, dirigido por Borrajo, E., Edersa, T. IV, Madrid, 1983, pp. 345 y 353 hace referencia al tema de “suma cero”, esto es, lo que por edad se da en favor de unos se le excluye a otros, es decir, lo que puede favorecer a algunos por razón de la edad puede perjudicar, por no tener esa precisa edad favorecida, a los otros.

<sup>24</sup>Vid., APARICIO TOVAR, J.: “Discriminación por razón de edad”, en AA.VV: *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, Primeras Jornadas de Otoño de Derecho Social, José Fernando Lousada Arochena y Matías Movilla García (Coords.), Comares, Granada, 1998, pp.4 y 5.

<sup>25</sup>Así, en un supuesto de concesión de ayudas escolares a los hijos de los trabajadores de un banco, condicionándose la misma a que el trabajador tenga menos de 60 años, el TS ha reconocido en su sentencia de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 454) que “*Efectivamente el exigir que los empleados perceptores de la ayuda han de tener menos de 60 años implica una desigualdad por la edad, sin razón justificativa de la misma puesto que no es que se refiera a jubilados que pudieran tener una justificación por no estar en activo sino simplemente por esa razón de edad lo que viola de manera incuestionable lo dispuesto en el art. 14 de la CE y el art. 17 del ET que prohíben expresamente la discriminación por*

hacer alguna diferenciación peyorativa por esta causa, se ha de hacer un análisis exhaustivo de la razonabilidad de la distinción, pues en sí misma sería susceptible de ser calificada como discriminatoria.

Por ello y, teniendo en cuenta el contenido de los preceptos constitucionales, legales e internacionales citados. En sí mismo, el hecho de que la convocatoria fije como requisito para concurrir al concurso de plazas de tripulantes de cabina, la edad entre “los 18 a 25 años”, constituye una causa susceptible de ser discriminatoria por tener un resultado peyorativo respecto al colectivo que no cumpla con la edad exigida<sup>26</sup>. Ahora bien, mientras el tope mínimo de los 18 años no plantea problemas al cumplirse con la edad mínima exigida por el artículo 6.1 ET<sup>27</sup>, aun cuando los candidatos con edades comprendidas entre los 16 y los 17 años podrían

---

*razón entre otras de la edad ,(...)”. En materia de Seguridad Social, la edad puede suponer un criterio de distinción que responde a razones objetivas y razonables. En este sentido, véase la STC 137/ 1987, de 22 de julio (RTC1987, 137) que declara no vulnerado el principio de igualdad y no prohibición de discriminación por causa de la edad. Asimismo, la STC 184/1993, de 31 de mayo (RTC1993, 184) ha reconocido que “aunque la edad no figura entre las causas de discriminación expresamente enunciadas en el art. 14 de la CE, puede encontrarse entre las circunstancias personales a las que genéricamente se refiere el inciso final del precepto, y por ello podrá en algunos casos ser tomada en consideración por la norma o su intérprete cuando resulta relevante desde el punto de vista de la aplicación del principio de igualdad”.*

<sup>26</sup>En relación con nuestro supuesto de hecho, la STSJ de Castilla-La Mancha/Albacete de 10 de mayo de 1991 (AS 1991, 3385), plantea un supuesto similar. En tal caso, se solicita que se declare el carácter discriminatorio de una cláusula establecida en la convocatoria, referida a la edad de los aspirantes a músicos, en virtud de la cual se establecía que la edad mínima para tomar parte en dicha convocatoria tendría que ser la de 16 años, como edad mínima de admisión al trabajo, suprimiendo la limitación de los 45 años para tomar parte en la referida convocatoria. Así pues, esta última hace constar expresamente que se exige reunir como requisito: “Ser mayor de 18 años y no exceder de 45”, reconociendo el Tribunal que “no se aprecia la concurrencia de una justificación suficiente, objetiva y proporcionada para excluir “ab initio” de la convocatoria pública a los menores de 18 años y mayores de 45 años”. Así, la edad mínima para trabajar es la establecida en el art. 6 del ET en los 16 años, mientras que el límite de 45 años lo justifica el Ayuntamiento “por razones de cohesión interna de la propia Banda de Música”, criterio que el Tribunal considera arbitrario y que, en consecuencia, no impide que puedan acceder a la convocatoria personas mayores de 45 años. Por todo ello, la fijación de la edad de 45 años como tope máximo para acceder al puesto de trabajo en una banda de música constituye una limitación discriminatoria, ya que los mayores de esta edad podían tener los conocimientos exigidos para desempeñar el puesto de trabajo. Siendo las reglas de la convocatoria discriminatorias, por lo que debería anularse la misma.

<sup>27</sup>En relación con la edad mínima exigida por el ET, véase la STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22).

sentirse discriminados por tal exigencia. Sin embargo, sí resulta atentatorio al derecho fundamental de igualdad la fijación del tope máximo de 25 años que habilita para la admisión del solicitante al desempeño del puesto de trabajo de tripulante de cabina de pasajeros, rechazándose categóricamente. De hecho, la decisión empresarial de contratar debería tener en cuenta la aptitud profesional del trabajador, más que el requisito de la edad. Así pues, la edad como criterio de diferenciación no debería tenerse en cuenta en el momento de acceder al empleo. Es decir, el empresario no tendría que publicar convocatorias u ofertas de trabajo que indicaran las preferencias de edad, como es en nuestro caso “entre los 18 a 25 años”<sup>28</sup>.

No obstante, la fijación del requisito de la edad o, en su caso, el tope concreto fijado por la empresa, es o no razonablemente adecuado dependiendo si el condicionamiento se justifica o no por el trabajo que se debe prestar. Es decir, la edad como factor genérico de discriminación conforme a los artículos 14 CE y 17.1 ET no puede determinar la presunción con carácter general de la ineptitud para el trabajo, puesto que existen trabajos que exigen determinadas condiciones físicas o intelectuales que por el transcurso del tiempo pueden minorarse, por lo que en tales supuestos resulta razonable exigir unas condiciones personales mínimas por tratarse de un trabajo que entraña cierta dificultad, peligrosidad, destreza o habilidad, lo que sí justificaría el requisito de la edad<sup>29</sup>. Sin embargo, en nuestro caso, la existencia de un tope máximo para acceder al puesto de trabajo de tripulante de cabina de pasajeros no parece razonable ni proporcionado<sup>30</sup>. De hecho, la convocatoria lo incluye como un requisito de

<sup>28</sup>Resulta de interés la lectura de la nota 35 de APARICIO TOVAR, J.: “Discriminación...”, op. cit., p. 14, que hace referencia a la ley federal conocida como Age Discrimination in Employment Act de 1967 (modificada en 1974, 1978, 1986 y 1990) de los EEUU, en virtud de la cual la edad como criterio de diferenciación está expresamente prohibido antes, durante y para la terminación de la relación de trabajo.

<sup>29</sup>Así, la exigencia del requisito de la edad es razonable y queda justificado cuando se está ante trabajos, tales como el que se debe prestar en el interior de la mina, que exige determinadas condiciones físicas y de edad, sobre todo por seguridad personal propia y ajena. También, las tareas de los profesionales de vigilancia exigen unas determinadas condiciones personales, como sería la agudeza audiovisual, que se va perdiendo con la edad. En este sentido véanse las siguientes sentencias: la STSJ de Asturias de 29 de octubre de 1990 (AS 1990, 1773), la STSJ de Asturias de 29 de octubre de 1990 (AS 1990, 1779) para el trabajo de las minas y la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de octubre de 1991 (AS 1991, 5759) para los trabajos de vigilancia.

<sup>30</sup>El art. 15 del Convenio Colectivo respecto al tripulante de cabina de pasajeros dispone que el “tripulante en posesión de licencia y de calificaciones que permitan asignarle obligaciones auxiliares en las operaciones de un aeronave, en cuanto a la seguridad,

exclusión respecto a quienes no lo cumplen, justificando que se pretende la incorporación de personas con edad máxima de 25 años para que su estancia se prolongue en la empresa durante un gran número de años. Así pues, la edad sí es condicionante para acceder al puesto de trabajo, sin que se haga mención a las aptitudes profesionales que ha de tener un tripulante de cabina de vuelo. De ahí que en tal caso al tratarse de una causa de discriminación prevista en el artículo 14 CE, la justificación de la razonabilidad o racionalidad de la medida que causa la diferenciación no parezca razonable y, en consecuencia, vulnera el contenido del citado artículo. En este sentido, se podría aportar una prueba, es decir, un dato numérico como es el de la edad, si bien por mandato constitucional y legal lo que hay que probar es que la edad no es la causa de la diferenciación, lo cual resulta bastante difícil. La cuestión relativa a qué es lo que hay que probar y la prueba en sí misma podría resolverse acudiendo a las posturas valorativas defendidas por la doctrina. Si bien, aportarían más oscuridad que claridad al asunto. La dificultad de justificar la razonabilidad de una diferenciación por razón de la edad estriba en que el concepto de discriminación tiene un elemento relacional, esto es, cuando la convocatoria se refiere a trabajadores en edades comprendidas entre los 18 a 25 años, significa que los trabajadores de edad (de más de 25 años) son tratados ante el acceso al empleo de manera peyorativa, respecto a otros que son los preteridos, es este caso los trabajadores comprendidos en la franja de los 18 a 25 años. De manera que, la fijación de un determinado número de años significa estar discriminando a un cierto grupo de trabajadores frente a otro u otros. Siendo un hecho incuestionable que, en nuestro caso, la discriminación de las personas de más edad implica dar un trato de favor a otros grupos, es decir, los mayores deberían dejar paso a los jóvenes, pero la cuestión no es esa, sino que ni los jóvenes ni los mayores deben ser discriminados por razón de su edad<sup>31</sup>.

---

*atención y bienestar de las personas a bordo. Los tripulantes de cabina de pasajeros, encuadrados en este grupo, tienen como misión atender y auxiliar a las personas a bordo, facilitando las provisiones y servicios necesarios y procurando en todo momento el mayor confort del pasajero. Deberán realizar, asimismo, los servicios previos y posteriores al vuelo que tomen parte, que estén relacionados con su función específica a bordo”.*

<sup>31</sup>En relación con nuestro supuesto, véase la STC 75/1983, de 3 de agosto (RTC 1983, 75). Esta sentencia plantea un supuesto de hecho relacionado con un concurso para cubrir una plaza de Interventor convocado por el Ayuntamiento de Barcelona, conforme al art. 28.2 b) del Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, por el que se aprobó el Texto Articulado de la ley Especial para el Municipio de Barcelona, se exigía a quien lo solicitara el no rebasar la edad de sesenta años. Sin embargo, se admitía que las personas que hubiesen comenzado a desarrollar el puesto antes de esa edad podrían seguir en el puesto aún después de cumplir

De ahí que, el art. 17.1 ET prevé la tutela negativa declarando la nulidad de las medidas discriminatorias. Es decir, la nulidad de la decisión empresarial discriminatoria o lesiva de derechos fundamentales supone, al haberse manifestado en un momento anterior a la contratación, su obligatoriedad. La cuestión que se suscita es si, existiendo discriminación en el acceso al empleo, el trabajador perjudicado puede pedir la contratación. En nuestro caso, dar una respuesta se complica al no existir un precontrato<sup>32</sup>, si bien la contratación se llevaría a cabo si se acredita que, en caso de no concurrir el acto discriminatorio, se habría efectuado la contratación del trabajador y, en caso contrario, sólo procedería el derecho a una indemnización por los daños derivados del acto discriminatorio<sup>33</sup>. La nulidad de un supuesto concreto en el que se niega el acceso al empleo por razón de la edad plantea sus dificultades. Qué ocurre con el candidato que por decisión unilateral del empresario resulta discriminado impidiéndosele

---

los 60 años. En este caso, el TC reconoce que el legislador puede “establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad que requieren en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, (...)”, ya que “no basta para justificar como razonable la desigualdad suponer la presencia de una incapacidad personal, o al menos de inferior capacidad, para desempeñar dicho cargo de Interventor de fondos a partir de la superación de los sesenta años de edad, (...)”. Sin embargo, llama la atención que sí resulta una justificación razonable el que el Ayuntamiento tenga que aprovechar el “mayor rendimiento, haciendo necesaria no sólo una experiencia adquirida en momento de plenitud de aptitudes, sino muy especialmente que se dilate en el tiempo durante espacio apreciable para desarrollar técnica y prácticamente la función”. Esto es, el interventor que accede después de los 60 años, al jubilarse con 65 deja la plaza vacante y hay que volver a convocar el concurso, de manera que se está diferenciando entre unos y otros posibles concursantes en razón de su edad, lo que conculca el art. 14 CE. Si bien, la mayoría del TC no lo reconoce así, mientras que el voto particular declaró la insuficiencia de la razonabilidad de la justificación de trato prevista en el artículo cuestionado.

<sup>32</sup>En este sentido, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “No discriminación...”, op. cit., p.448 que respecto a la contratación como sanción a un acto discriminatorio reconoce que “puede señalarse “nula” una decisión de no contratar, pero ello no significa una decisión de contratar. En principio, esa “nulidad” no puede comportar la sustitución de la voluntad empresarial”. Sin embargo, como ya veremos en la discriminación por razón de sexo, el mismo autor como ponente de la STC 173/1994, de 7 de junio (RTC1994, 173) ha evolucionado en su opinión.

<sup>33</sup>Vid., LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La garantía jurisdiccional social de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*, op. cit., pp. 228 a 230.

el acceso al empleo por tener más de 25 años. Conforme al artículo 181 LPL, en lo sucesivo) quien sufra discriminación en el acceso al empleo, deberá atenerse al procedimiento previsto en el Capítulo XI “De la tutela de los derechos de libertad sindical”, Título II. La dificultad que encuentra quien alega ser objeto de discriminación en el acceso al empleo la encuentra al tener que probar que la actuación del empresario ha sido discriminatoria, puesto que se está ante un supuesto de no contratación. Podría en tal caso mostrar algún hecho que acreditara la existencia de discriminación por razón de la edad. En nuestro caso, bastaría con mostrar la convocatoria anunciada en prensa, cuyo contenido revela la concurrencia de este requisito como límite para acceder al empleo cuando los posibles candidatos tengan más de 25 años, edad que no está ligada a una aptitud profesional, lo que no plantea dudas sobre la discriminación por razón de la edad. Es decir, se declara la nulidad de la convocatoria porque se niega el acceso al empleo (de los mayores de 25 años) en función de la edad. Por otra parte, la empresa debe aportar una justificación razonable y objetiva de su conducta. Esto es, en nuestro caso las justificaciones que se aportan son que la empresa desea “una cierta durabilidad de esos puestos”, lo que se consigue sólo “si han entrado en ellos relativamente jóvenes”, garantizando que los que accedan “ahora con 25 años estarán lustros en Iberia”, de ahí que la AN se pronuncie y diga “no parece desmesurado ni irrazonable que la empresa sitúe un tope de edad para el acceso a dicho empleo”.

Dicho esto, el pronunciamiento de la AN no casa muy bien con el sentir de la realidad social, hoy en día la durabilidad en los puestos de trabajo es todo un privilegio para los que pueden disfrutar de la misma, los jóvenes no son precisamente el colectivo por el que el empresario sienta una gran devoción y lo que más sorprende es que se dé por hecho que los trabajadores van a estar “lustros”, cuando en realidad el trabajador se mueve a gran velocidad de una a otra empresa. Razones que categóricamente no resultan ni razonables ni objetivas para justificar la medida adoptada por la empresa de exigir un requisito de edad en su convocatoria. Además, con el tope máximo fijado se está marginando a un colectivo importante de posibles candidatos, los excluyen de la convocatoria por tener una determinada edad, cuando con toda seguridad estos posibles candidatos aportarían la aptitud profesional necesaria para realizar las funciones de tripulante de cabina con plena eficacia. E incluso, con esta exigencia por parte de la empresa contratante, la edad de 26 años es la causa de vulnerabilidad de este grupo de trabajadores. Siendo un hecho indiscutible que la empresa está excluyendo a este colectivo de más edad, favoreciendo a

otro grupo de edades comprendidas entre los 18 a 25 años, en definitiva, por ser más jóvenes. Si bien, la contratación de estos últimos no justifica la vulneración de los derechos de los más mayores, considerando que a partir de los 26 años ya no se es joven.

Por ello, si la discriminación por razón de la edad no adquiere su importancia, la consecuencia inmediata es que se tiende a limitar los derechos fundamentales, esto es, el derecho al trabajo de los trabajadores de mayor edad, en favor de la libertad de empresa, debilitando al mismo tiempo la protección antidiscriminatoria. Lo que no se alcanza a comprender, ya que no es admisible dejar al margen la protección contra la discriminación por la edad cuando se está ante el colectivo de trabajadores maduros, grupo minusvalorado al que se debería garantizar un trato de favor y, no en su contra, siendo reconocida su debilidad como tal grupo<sup>34</sup>.

Ante esta situación, sí se comprueba que ha habido discriminación en el momento de acceder al empleo y, en consecuencia, el posible candidato no ha sido contratado por concurrir una discriminación (por razón de la edad), la cuestión que se suscita es si es posible condenar al empresario a que contrate al discriminado. Si bien, no se puede imponer la contratación al empresario, sí puede ofrecerse una indemnización por daños, ya que de la declaración de la nulidad no deriva la sustitución de la voluntad del empresario. Sin embargo, al dar esta solución implícitamente se está reconociendo que el mandato de “no prevalecerán” discriminación alguna, no se cumple, siendo en tal caso la solución dada poco satisfactoria. Además, como dificultad añadida cómo se calcularía los daños.

Por ello, el artículo 180.1 LPL nos ofrece una solución al problema. Conforme a este artículo, una vez que la sentencia declare la existencia de vulneración del mandato de prohibición de no discriminación, declarará la nulidad radical de la conducta del empleador, esto es, declarará la nulidad radical de la decisión tomada por el empresario de negar el acceso al empleo al trabajador de edad superior a 25 años (porque se le considera maduro). Además, dicho artículo prevé el cese inmediato del comportamiento

---

<sup>34</sup>En este sentido, la STS de 4 de febrero de 1994 (RJ 1994, 795) reconoce una vez más que el principio de igualdad no impone la parificación, ya que *“debe entenderse que la desigualdad no es en sí ilegítima, salvo que sea de tal naturaleza que se convierta en discriminación, que es su cara peyorativa, cuando el trato desigual ofrece como único soporte visible una minusvaloración de grupos o personas marginados y peor tratados por su notoria debilidad y desprotección, datos negativos que pueden tener su origen en la pertenencia a grupos segregados que tienen una posición social de desventaja por las razones previstas en los arts. 14 de la CE y 17 del ET”*.

discriminatorio y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo que, en nuestro caso, sería el momento en el que se celebra el proceso de selección de trabajadores para su contratación. En este sentido, la sentencia preverá la indemnización que proceda, por los daños causados por la conducta empresarial que impidió la incorporación en la empresa. Con esta solución, al tratarse de una declaración de nulidad radical de la conducta discriminatoria se comprueba que el ordenamiento opta por restituir al discriminado en la integridad de sus derechos.

En definitiva, la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo queda garantizada cuando se está ante un contexto general en el que se fomenta la igualdad y se elimina la discriminación en el empleo cualesquiera que sean su razón de ser y la forma en que se manifieste. De ahí que se rechace cualquier distinción, exclusión o preferencia, que basándose en determinados criterios, como sería por razón de la edad, tuviera como consecuencia anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo. Por lo que, el comportamiento empresarial de tratar de manera desigual a individuos o a miembros de un grupo apoyándose en algún criterio prohibido que podrían gozar de los mismos derechos u obtener las mismas ventajas constituye una discriminación indiscutible. Además, baste recordar que la discriminación basada en uno de los criterios prohibidos es contraria a la idea de justicia y a la dignidad humana.

Por ello, aun cuando la edad sea considerada como un estado que precisa de cuidados particulares reconociéndose la necesidad de proveer medias de protección y de asistencia especial. La cuestión relativa a los trabajadores de edad avanzada es importante en relación a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato. Siendo preciso revisar los límites máximos de edad fijados para el ingreso a determinados puestos de trabajo, como sería, en nuestro caso, los tripulantes de cabina. De manera que, no se estará ante una discriminación cuando el empresario pruebe que la edad constituye un requisito profesional justificado por la naturaleza del puesto de trabajo que se pretende cubrir. Si bien, los argumentos utilizados por la empresa Iberia, S.A., no resultan ni razonables ni objetivos para adoptar la decisión empresarial de publicar una convocatoria con las exigencias de edad expuestas. Así pues, en virtud del principio de igualdad de oportunidades y de trato debe quedar garantizado el derecho a que toda candidatura al acceso de un empleo sea considerada en forma equitativa, sin que se pueda ejercer discriminación por razón de la edad.

## 2.2 por razón de sexo.

La convocatoria anunciada por la empresa Iberia, S. A., exige como requisito de selección tener una estatura entre 1,64 y 1,82 cm para las mujeres y entre 1,74 y 1,90 cm para los hombres. La AN reconoce que tal exigencia es discriminatoria, puesto que ambos sexos deben realizar el mismo trabajo. Sin embargo, dicho órgano judicial justifica la diferente estatura como una medida de garantía del principio de igualdad. Es decir, ante esta situación se da un tratamiento distinto para igualar las mujeres a los hombres, ya que si se exigiera la misma estatura, todos serían muy altos o muy bajos. Así, sólo exigir la estatura más alta causaría un perjuicio a la mujer, cuya estatura es inferior a la del hombre y, mientras que si se optase por la más baja se perjudicaría a los hombres, que normalmente son más altos.

El comentario toma como punto de partida, el principio de igualdad consagrado en los artículos 1 y 14 CE. Este último prevé la prohibición de discriminación por razón de sexo, amparado como derecho fundamental por la forma privilegiada prevista en el artículo 53.2 CE. Asimismo, en relación con esta materia ha de tenerse en cuenta el contenido del artículo 9.2 CE que reconoce el principio de igualdad sustancial y el artículo 35 CE referente al derecho al trabajo, así como el artículo 119 del Tratado de Roma relativo a la igualdad de trato y oportunidades y prohibición de discriminación por razón de sexo, modificado por el Tratado de Amsterdam y el conjunto de Directivas que garantizan el principio de igualdad de trato en el empleo y las condiciones de empleo<sup>35</sup>.

Dado que se trata de un comentario de sentencia, no se pretende abordar el tema relativo a la discriminación por razón de sexo en toda su amplitud. Por el contrario, el objetivo es valorar la inclusión del requisito del sexo en la convocatoria como conducta discriminatoria por razón de sexo en el acceso al empleo<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup>En este sentido el art. 119 del Tratado de Roma modificado por el Tratado de Amsterdam reconoce en su apartado tercero “el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo (...)” y la Directiva 76/207/CEE relativa a la formación, acceso al empleo y condiciones de trabajo. Asimismo, la STJCEE de 8 de abril de 1976 (Asunto Defrenne/Sabena) vincula el principio de igualdad a la prohibición por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo cualesquiera que sea el sector y a todos los niveles profesionales.

<sup>36</sup>*Vid.*, PÉREZ DEL RÍO, T.: “El principio de no discriminación por razón de sexo”, en AA.VV: *Derechos Fundamentales y Contrato de Trabajo*, op. cit., pp. 154 a 166.

Así pues, el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo no sólo comprende la contratación y las causas por las que se extingue la misma, sino también el acceso al empleo. Es decir, su contenido abarca a la clasificación, la promoción profesional y el momento previo a la propia contratación, esto es, la formación, la orientación profesionales y las ofertas de trabajo. Así, nuestro TC reconoce que el principio de no discriminación se refiere al acceso al empleo y a la contratación<sup>37</sup>.

Esta prohibición de discriminación en el acceso al empleo implica un límite en el poder empresarial. De hecho, la libertad de contratación del empresario está limitada por la prohibición de discriminar bien directa o indirectamente a los posibles candidatos. De ahí que el empresario no pueda recurrir al sexo como criterio de selección, salvo que se trate de una de las exclusiones previstas por la Directiva 76/207/CEE<sup>38</sup>, ni puede aplicar diferentes criterios, requisitos o condiciones de selección para mujeres y hombres, salvo cuando la diferencia sexual sea importante en el aspecto físico de la persona, ni siquiera puede valerse de procedimientos de selección que tiendan a excluir a un número mayor de mujeres (o de hombres), salvo cuando se justifique la utilización de los mismos por razones de necesidad para la empresa.

En este sentido, la discriminación puede incidir directamente en el momento previo de la convocatoria al acceder al empleo. De hecho, la oferta de trabajo no puede ser discriminatoria en este momento, ya que si lo fuera posibilitaría una restricción a dicho acceso. Por ello, a fin de evitar una posible discriminación debe prohibirse la mención al sexo de la persona en las ofertas de empleo<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup>En este sentido, véase la STC 229/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 229), reconoce que *“aunque son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer”*.

<sup>38</sup>El art. 2.2 de la Directiva reconoce que *“la presente Directiva no obstará la facultad de los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a aquellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de la naturaleza o de las condiciones de su ejercicio”*.

<sup>39</sup>*Vid., SÁEZ LARA, C.: Mujeres y Mercado de Trabajo: las discriminaciones directas o indirectas*, CES, Madrid, 1994, pp. 133 a 136.

Este reconocimiento, nos lleva a pensar que la diferenciación de estatura por sexo prevista en la convocatoria, más que presentarse como una condición objetiva encubre una conducta discriminatoria por razón de sexo. En tal caso, la AN olvida que en el campo de la discriminación, la intencionalidad de discriminar no sólo no es exigible para comprobar la existencia de discriminación indirecta, sino que en caso de que la discriminación indirecta existiera se estaría ante una discriminación directa por estar oculta. Así pues, si en nuestro caso tanto mujeres como hombres van a desempeñar el mismo trabajo de tripulantes de cabina, no se entiende por qué se hace una diferenciación en función de la estatura. De ahí que se crea que el fin de esta exigencia sea discriminar por razón de sexo. Lo que resulta rechazable, ya que tanto las mujeres como los hombres con iguales aptitudes para desarrollar un puesto de trabajo determinado deben tener reconocido el derecho a acceder al mismo, sin que pueda discriminarse por razón de sexo.

Así pues, la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14 CE comprende tanto la discriminación directa como la indirecta<sup>40</sup>. De manera, que si por razones biológicas la estatura de la mujer es inferior a la del hombre, ello no justifica que la exigencia del requisito de sexo en la convocatoria, que realmente se cree que fue la intención de la empresa al mencionar la estatura y no el sexo, constituye una conducta discriminatoria en sí misma. De este modo, la inclusión del requisito del sexo en la convocatoria puede afectar de manera desfavorable a un colectivo determinado por su sexo en perjuicio de otro. De todos modos, los requisitos o las condiciones objetivas de apariencia física deberían estar prohibidos por ser susceptible de discriminación cuando su contenido sea ofensivo para las mujeres u hombres afectados (p.ej: la estatura), exceptuándose aquellos casos en los que el empresario los incluye en la convocatoria por ser un requisito que se justifica por razones de necesidad para la empresa, lo que no parece deducirse de la sentencia que se está comentando.

Por ello, no se considera causa suficiente, razonable y proporcional la declarada por la AN, pues la cuestión no es si la candidata/o es más o menos alto, sino que detrás de esta exigencia se está distinguiendo el puesto de trabajo de tripulante de cabina por razón del sexo de los aspirantes que se presenten a la convocatoria. De ahí que resulte aplicable la prohibición de discriminación en el acceso al empleo cuando, el sexo sea un criterio de

---

<sup>40</sup>Sobre el concepto de discriminación indirecta, véanse las SSTC 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991, 145) y la STC 147/1995, de 16 de octubre (RTC 147, 1995).

selección de los trabajadores. Además, sería conveniente valorar en qué medida es realmente necesario que la candidata/o tenga una u otra estatura para desempeñar el puesto de tripulante de cabina. Así pues, en el acceso al empleo no resulta idóneo la inclusión de una condición objetiva, cuando no tenga relación con el puesto de trabajo a desarrollar y, sobre todo, se rechaza su exigencia cuando realmente lo que encubre es una discriminación, ya que tanto el ataque directo como el indirecto atentan contra la igualdad de oportunidades en el empleo.

Por todo lo dicho, la conducta empresarial relativa a la inclusión del requisito de estatura en el momento de acceso al empleo es discriminatoria. De ahí que, si el empresario manifiesta su negativa a contratar a un concursante por este motivo su conducta sería discriminatoria al vulnerar el artículo 14 CE<sup>41</sup>. Es decir, no es posible defender que no se ha producido una conducta discriminatoria por el sólo hecho de que el empresario actúe bajo el amparo de ejercitar actos de libertad, ya que aquella conducta que esté fundada en un motivo expresamente prohibido como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho, pues en caso contrario no se estaría cumpliendo el mandato constitucional de que “no prevalezca” discriminación alguna, mandato reforzado que impone a los poderes públicos la obligación específica de adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar la efectividad de la igualdad conforme al artículo 53.2 CE. De ahí que la importancia que tiene el acceso al empleo como vía de superación de la situación social peyorativa de determinados colectivos discriminados no pueda ser negada. Así pues, la discriminación por razón de sexo no abarca sólo aquellos tratamientos que resulten peyorativos y que encuentren su fundamento en el sexo de la persona perjudicada, sino que también comprende los mismos tratamientos que se apoyen en la concurrencia de condiciones o rasgos inseparables de la persona, sobre cuya pervivencia ésta no tiene ninguna posibilidad de elección (p. ej: la estatura).

De hecho, la conducta discriminatoria se va a calificar dependiendo del resultado peyorativo que tenga para la persona que la sufra, quien puede ver limitados sus derechos o sus expectativas ante la presencia de factores en su persona que han sido descartados por la CE, por atentar contra la dignidad del ser humano conforme al artículo 10.1 CE. Por lo que la intención del sujeto que discrimina es irrelevante a estos efectos.

---

<sup>41</sup>Cfr., la STC 173/1994, de 7 de junio (RTC 1994, 173).

### 2.3 por condiciones subjetivas.

La empresa Iberia, S.A., prevé en su convocatoria como requisito de selección que si el candidato necesitara lentes correctoras (no más de dos dioptrías, lo que constituye un límite) tendría que utilizar microlentillas, exigencia que es fijada sólo para el momento de acceso al empleo. La AN declara que dicha exigencia no es injustificada ni irrazonable. Y, una vez más defiende a la empresa porque ésta respeta la pérdida progresiva de visión como hecho normal respecto a los trabajadores que configuran su plantilla. Así, declara que “el hecho de exigir un mínimo de visión (...) no se nos presenta como un requisito ayuno de justificación de razonabilidad, dado que responde al perfil físico que se suele establecer para este tipo de trabajo en las compañías aéreas para lo que se necesita un certificado de aptitud psicofísico (...)”.

Asimismo, la empresa exige a los candidatos tener una “buena imagen” en caso de superar el acceso. La AN reconoce que es un requisito subjetivo y declara “que no se puede aspirar a este trabajo con un conjunto de rasgos físicos que caracterizan lo que en el sentir común y general se entiende por una mala imagen física: excesiva circunferencia abdominal, semblante de adefesio (a) o patibulario, etc.” El órgano judicial justifica estas exigencias porque se trata de un trabajo directo de atención al público. Así pues, declara que la “buena imagen” o “buena presencia” se define con remisión a lo que el acervo socio-cultural de un país entiende por las mismas y que “encierra ciertamente una dosis de subjetividad” y “constituye un concepto de aproximación a una realidad bastante delineada y formada como es la de buena, o mala, imagen física”.

Dicho esto, las declaraciones de la AN centran la cuestión en delimitar hasta qué punto es admisible que una convocatoria exija estos requisitos de selección en el momento de acceso al empleo y, en su caso, si su inclusión encuentra amparo en el artículo 18.1 CE que consagra el derecho a la propia imagen cuando no sea razonable ni justificado la exigencia de los mismos. Así pues, el tema encuentra su campo de actuación en la virtualidad de los derechos fundamentales y libertades laborales y, en concreto, en el derecho a la propia imagen. Es decir, el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por los posibles trabajadores en el momento previo a su contratación y, en concreto, el derecho a la propia imagen protegido por el principio general de respeto a la persona humana.

En este sentido, el derecho a la propia imagen viene expresamente reconocido en el artículo 18.1 CE y su desarrollo está previsto en la LO 1/1982, de 5 de mayo que protege el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en concreto, su artículo 7.5 consagra el derecho a la propia imagen. Asimismo, como ya ha reconocido nuestro TC “*los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 de la CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada*”, preservan la dignidad de la persona y salvaguardan la esfera privada de la persona frente a las posibles intromisiones ilegítimas o extrañas procedentes de terceros<sup>42</sup>. Es decir, el derecho a la propia imagen es expresión del valor de la dignidad humana conforme al artículo 10.1 CE. En igual sentido, la virtualidad del derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones laborales deriva del contenido del artículo 4.2.e) ET en virtud del cual “*(...) los trabajadores, en la relación de trabajo, tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad (...)*”, así como conforme al artículo 8.11 LISOS se califica como infracción muy grave “*los actos del empresario que fueran contrarios (...) y en consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”.

Así pues, el derecho a la propia imagen no puede entenderse como un derecho de exclusión, ni su contenido tiene que ser negativo, esto es, el derecho a la propia imagen no tiene que quedar reducido a la protección de la utilización de ésta por terceros, sino que por el contrario este derecho tiene un sentido positivo, es decir, es un derecho que permite crear con libertad la apariencia física personal<sup>43</sup>. De este modo, la imagen, el aspecto individual es uno de los modos de ser inherentes a la persona. De hecho, la decisión personal sobre la apariencia física constituye una clara manifestación de la personalidad. Además, la CE protege la utilización de la propia imagen por terceros, como resultado de la protección del derecho a

<sup>42</sup>Cfr., SSTIC 170/1987, de 30 de octubre (RTC 1987, 170) y 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99). Esta última, ha reconocido que el derecho del trabajador a su propia imagen puede hacerse valer frente a la orden dada por el empresario en el ejercicio de sus facultades directivas y organizativas. Esta sentencia es el primer pronunciamiento a favor del ejercicio de un derecho del trabajador que colisiona con el poder directivo empresarial. Siendo el interés organizativo de la empresa sacrificado en favor de la virtualidad del derecho fundamental del trabajador.

<sup>43</sup>Vid., ORTIZ LALLANA, C.: “Derechos Fundamentales y relación de trabajo”, *MTSS*, 13/1998, p. 24; DE VICENTE PACHÉS, F.: *El Derecho del Trabajador al Respeto de su Intimidad*, CES, Madrid, 1998, p.370.; KLARE, K.E.: “Abbigliamento e potere: il controllo sull’aspetto del lavoratore subordinato”, *GDLRI*, núm 63, 3/1994, p. 567.

crear la imagen que uno quiera. De ahí que, si se tiene derecho a crear la apariencia física externa, es lógico que ésta sea protegida frente a la utilización o intromisión de terceros<sup>44</sup>. De manera que la imagen de la persona humana atribuye al sujeto un derecho específico de la personalidad, esto es, derecho innato, personalísimo, que nace con la persona y se extingue con ella, inextinguible, inembargable y extrapatrimonial en el sentido inmaterial, que está fuera del comercio de los hombres. Así pues, en virtud de este derecho uno mismo decide su propia figura exteriorizada con sus rasgos físicos y cuyo fundamento se encuentra en la autonomía de la persona respecto de sí misma y de sus manifestaciones. Siendo este derecho inseparable de su persona, acompaña a la misma en el momento de ingresar a la empresa, esto es, en el momento previo de acceso al empleo. Si bien, una vez dentro de la empresa deberá adaptarse a las exigencias organizativas de la empresa, lo que no significa que el trabajador tenga que renunciar de manera automática a su derecho individual a la propia imagen.

Por ello, la exigencia de tener una “buena imagen” en caso de superar el acceso prevista en la convocatoria significa que se está exigiendo una apariencia corporal externa determinada. Así, la AN declara que es razonable y justificado que no puedan acceder al puesto de trabajo de tripulante de cabina aquellas personas que presenten un “semblante de adefesio, patibulario o con excesiva circunferencia abdominal...”. Esta declaración llama la atención e incluso resulta criticable por las expresiones poco adecuadas utilizadas por la Sala, así el órgano judicial considera que una persona tiene “buena imagen” cuando no presenta los calificativos anteriormente citados, es decir, cuando no presente un semblante adefesio, esto es, aquella persona ridícula, extravagante o muy fea; o patibulario, esto es, aquello que por su repugnante aspecto produce horror, como en general, los condenados al patíbulo; o con circunferencia abdominal, esto es, con sobrepeso. De ahí que la cuestión a dilucidar sea si la persona que presente

---

<sup>44</sup> Así pues, la decisión de la voluntad individual que restrinja la libertad individual tiene que tener una justificación que ampare dicha limitación. De ahí que la prohibición de llevar barba atente contra los derechos fundamentales cuando no exista una justificación. Sin embargo, la STC 170/1987, de 30 de octubre (RTC 1987, 170) no adopta esta postura. Por el contrario, al interpretar el derecho a la propia imagen dentro del derecho a la intimidad, priva al primero de su contenido específico. Así, afirma que la orden de quitarse la barba dada por el empresario, no afecta al derecho a la imagen del trabajador. No obstante, cabe añadir que la costumbre a la que hace referencia la sentencia es por razones meramente estéticas, pues no es una medida de higiene porque se esté en contacto con la comida o bebida, sino porque el trabajador ha de estar en contacto con la clientela.

estos rasgos que no corresponden al cánón de belleza exigido por la convocatoria pueden o no ver limitado o condicionado su derecho a la propia imagen en el momento de acceder al empleo, por concurrir en su persona condiciones subjetivas inherentes a la misma que no pueden ser modificadas o porque la persona decide tener su propio aspecto personal, siempre y cuando no exista una causa justificada y razonable para exigir una determinada imagen, para el eficiente desarrollo del trabajo, por ejemplo si se tratara de los profesionales del mundo de la moda o los artistas. Pero sobre todo lo que resulta criticable es cómo la AN utiliza estos calificativos y expresiones que encierran en sí mismos subjetividad despectiva, siendo un insulto para todos los aspirantes que hayan sido excluidos por presentar esas características. Además, no es comprensible cómo se puede excluir a un aspirante al acceso al trabajo porque subjetivamente alguien decide que tiene una “circunferencia abdominal excesiva” o un semblante de “adefesio o patibulario”

Ciertamente, el derecho a la propia imagen es un concepto jurídico indeterminado cuya protección, al no estar determinada por la CE, Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia ratificados por España, queda al amparo de las normas infraconstitucionales<sup>45</sup>. Así pues, la eficacia del derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones privadas queda reconocida en la Ley Orgánica 1/85, de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>46</sup>. En este sentido, la LO no define el derecho a la propia imagen, si bien reconoce que es “irrenunciable, inalienable e imprescriptible”, su tutela judicial está amparada por los procesos ordinarios o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE, así como por los procedimientos previstos en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la persona. Por ello, al no existir una definición relativa al derecho a la propia imagen es

---

<sup>45</sup>Vid., GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Información sobre los contratos e intimidad”, *RT*, 100/1990, p. 656.

<sup>46</sup>Así, el art. 1 LO 1/1982 reconoce que “*el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 de la CE, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica*”. De ahí que la eficacia del derecho a la propia imagen en el ámbito de las relaciones laborales se deduzca del art. 4.1.e) ET, en virtud del cual se garantiza el respeto a la dignidad del trabajador en dicho ámbito. La cuestión sería si lo tiene fuera del mismo, la respuesta ha de ser afirmativa, pues al trabajador hay que respetarle sus derechos, pero no sólo como tal sino también como persona. Siendo el derecho a la propia imagen un derecho inherente a la persona que forma parte de su personalidad.

preciso que el ámbito de la ley sea interpretado por el órgano judicial. De manera que si el derecho a la propia imagen es una manifestación del derecho a la intimidad, sólo la imagen utilizada por terceros quedaría protegida por la Ley. Mientras que si se interpreta que el derecho a la propia imagen es un derecho que crea con libertad la apariencia externa, cualquier injerencia sobre la imagen infringiría la Ley. De las dos interpretaciones se opta por esta última por las razones anteriormente expuestas y, además, por considerar que el derecho a la imagen es un derecho específico dotado de significado propio.

En consecuencia, el contenido del derecho a la propia imagen va a depender del contexto, la persona y el propio órgano judicial que se tenga en cuenta en un momento determinado, tratando de evitar que se diluya la propia personalidad. De ahí que la libertad de apariencia física, imagen o semblanza queden protegidas por la CE y por la LO aplicable para garantizar la protección del derecho a la propia imagen. Por ello, el trabajador configura su apariencia física en el ámbito del trabajo, salvo las exigencias que se deriven de la seguridad e higiene en el trabajo, su derecho a la propia imagen es un derecho irrenunciable y personalísimo, disponible cuando medie pacto individual expreso. No obstante, se debe distinguir entre el contrato de trabajo cuyo objeto es disponer del derecho de la imagen, de aquellos en los que la disposición del derecho es una circunstancia al margen del objeto del contrato<sup>47</sup>.

Dicho esto, el problema se plantea en relación con la imagen personal del trabajador. Así, bajo la expresión “buena imagen” o “buena presencia” que la empresa Iberia, S.A., incluye en el contenido de su convocatoria, se esconde sus preferencias particulares, es decir, lo que la empresa concibe qué es tener una “buena imagen” y, pretende imponerla a los tripulantes de cabina en caso de que accedan al puesto de trabajo. De hecho, la convocatoria al exigir esta regla de selección más bien esta imponiendo un determinado aspecto al personal, sin hacer referencia a las aptitudes profesionales que para el puesto de trabajo se precisan. Esto es, la empresa está exigiendo este requisito por razones estéticas, pero no porque estén vinculadas al trabajo a realizar. E incluso, la AN justifica esta exigencia porque el trabajo se realiza de cara al público. Es decir, que por satisfacer al cliente sólo pueden acceder al empleo los trabajadores que la empresa considera que tienen “buena imagen”, pero no los que sean “buenos

---

<sup>47</sup>*Vid.*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “Sobre el derecho a la propia imagen”, *PJ*, 10/1988, pp. 75 a 82.

profesionales”. Este requisito relativo a una imagen determinada constituye una injerencia empresarial que excede de los límites del poder de dirección del empresario y entra de lleno en el campo de la vulneración del derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 CE.

Añadir, que la convocatoria también exige el uso de microlentillas y no tener más de dos dioptrías. Así que la empresa no sólo exige un mínimo de visión, sino que no da opción a la utilización de gafas, sin dar razón alguna. Por lo que también parece que se está ante una exigencia meramente estética, que poco tiene que ver con el desarrollo de las funciones del tripulante de cabina. Así, imaginemos que un candidato es seleccionado, pero al final no accede al puesto porque no cumple con el aspecto personal exigido por la empresa. En tal caso, el órgano judicial antes de pronunciarse debería comprobar si el aspecto personal tiene alguna repercusión en la imagen de la empresa o en la clientela, teniendo en cuenta la naturaleza del puesto de trabajo. Al trasladar tal supuesto a nuestro caso, no parece razonable rechazar las candidaturas que presenten una mala imagen física por tratarse de un trabajo en contacto directo con el público, pues como hemos dicho anteriormente más que un requisito profesional constituye una exigencia estética marginal al puesto de trabajo.

En este sentido, la cuestión que se suscita es en qué medida se restringe el derecho a la propia imagen y cómo se acreditan las necesidades organizativas de la empresa en el momento de acceder al empleo.

Así pues, las exigencias organizativas de la empresa que pudieran restringir el ejercicio de los derechos fundamentales deben establecerse por razones de “necesidad organizativa estricta” de manera que su adopción sea “la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial”<sup>48</sup>. Es decir, la decisión empresarial debería estar guiada únicamente por criterios objetivos en la convocatoria. De ahí que la exigencia de una determinada estatura y de más o menos dioptrías fueran requisitos exigidos cuando sean necesarios para desarrollar las funciones del puesto de trabajo determinado. Siendo rechazable la reticencia que tiene el empresario a contratar a determinadas personas, bajo el pretexto de que presentan características típicas del grupo al que pertenecen y por la tanto las discriminan en el momento de acceder al empleo.

3. La colisión entre la prohibición de discriminación en el momento previo a la contratación y la libertad de empresa.

---

<sup>48</sup>Cfr., la STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99).

La AN apoyándose en el principio de libertad de empresa del artículo 38 CE y el art. 103.2 de la CE que establece el acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad, justifica que la empresa privada delimite el perfil para cada uno de los puestos de trabajo exigiendo características de edad, físicas y de imagen, junto a las de competencia, para incorporar al trabajador que se precise, sobre todo cuando se trate de trabajadores que deben atender a los clientes, ya que puede afectar a la imagen de la compañía y a su incremento de beneficio. De ahí que el órgano judicial declare que el perfil de los tripulantes de cabina no puede ser el mismo que para los trabajadores que manejan los equipajes o al de los pilotos. Así pues, las condiciones físicas exigidas no considera que sean generadoras de desigualdad de trato, ya que el puesto de trabajo a desempeñar exige una determinada edad, condición, estatura, fuerza, etc., con lo que no se niega la igualdad, sino que está teniendo en cuenta la variedad para cubrir una determinada necesidad, pues *“estas cualidades se caracterizan más que por su existencia por su “valencia”, siempre que sean razonables y proporcionales a los objetivos que se desean alcanzar”*. Asimismo, la AN declara que *“la discriminación o desigualdad de trato dentro del dominio empresarial,(...), no experimenta tanta intensidad en el momento inicial,(...), sino durante el desarrollo del contrato de trabajo que es cuando puede surgir con frecuencia(...)”*. Finalmente, el órgano judicial reconoce que la empresa Iberia, S.A., no está obligada a justificar pormenorizadamente el por qué de cada una de sus exigencias incluidas en su convocatoria, ya que constituyen un conjunto de características que la empresa puede exigir al amparo del art. 20 del ET, relativo a la facultad de dirección de la misma.

A pesar de esta declaración, cabe recordar que los derechos fundamentales configuran nuestro ordenamiento jurídico constituyendo las bases del mismo y siendo expresión jurídica de los valores que informan toda la organización jurídica y política. De ahí que se imponga a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y aplicación. Esta garantía puede ser necesaria en el ámbito de las relaciones de trabajo, dada la posición desigual que existe entre empresario y trabajador, que puede incrementar las posibles lesiones de los derechos fundamentales del trabajador. Así, el TC reconoce que el hecho de celebrar un contrato de trabajo o el momento previo a la contratación no significa la privación, para una de las partes, el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadanos, pues las organizaciones empresariales no

pueden limitar sus derechos y libertades públicas en virtud de la libertad de empresa prevista en el art. 38 de la CE<sup>49</sup>. Es decir, el contrato de trabajo o su estadio previo no puede ser considerado como título que legitima el recorte del ejercicio de los derechos fundamentales inherentes al trabajador como ciudadano, que no pierde por el hecho de incorporarse en el ámbito de una organización empresarial<sup>50</sup>. Es decir, los derechos fundamentales constituyen un límite al poder de organización del empresario, así lo confirma el contenido de los artículos 14 CE y 17.1 ET.

No obstante, el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas no quiere decir que no estén condicionados por la relación de trabajo. Por el contrario, los derechos garantizados por la CE como ciudadano al trabajador no alteran los derechos y las obligaciones derivados de la relación de trabajo. De hecho el contrato de trabajo genera un conjunto de derechos y obligaciones recíprocos que condicionan el ejercicio de tales derechos. Si bien, hay que tratar de alcanzar un equilibrio entre las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, ya que dada la posición relevante que ocupan los derechos fundamentales, la modulación del contrato sólo se producirá cuando sea imprescindible para el legítimo interés empresarial o para el desarrollo correcto de la actividad productiva, en virtud de los artículos 38 y 33 CE<sup>51</sup>.

La relevancia de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico impone una interpretación restrictiva de sus posibles limitaciones, esto es, no basta con la alegación de interés empresarial para limitar los mismos. En decir, es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del trabajador, no instrumental para el desarrollo de sus tareas, sea la única solución para alcanzar el legítimo interés empresarial<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup>La libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE comprende el libre acceso al mercado, esto es, el derecho a crear y mantener en producción empresas y a ostentar su titularidad, así como el libre ejercicio de actividades empresariales, es decir, el derecho del titular a tomar decisiones económicas. En este sentido, véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *RL*, 8/1990, p. 280.

<sup>50</sup>Cfr., SSTC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99), 88/1995, de 6 de junio (RTC1995, 88), 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204).

<sup>51</sup>En este sentido, véanse las SSTC 99/1994, de 11 abril (RTC 1994, 99) y 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204).

<sup>52</sup>Esta postura es la defendida en la STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99). Sin embargo, la doctrina reconoce que tal argumentación ofrece un cierto riesgo y precisa de una equilibrada aplicación, ya que “parece posibilitar que los derechos fundamentales del

En definitiva, el ejercicio de los derechos fundamentales y la posible concurrencia de varios derechos fundamentales entre sí en el ámbito de la relación laboral precisan de una ponderación judicial de los derechos en conflicto, determinando cuál debe prevalecer, lo que condicionará el ejercicio de los demás. Así, el TC ha reconocido que los derechos y libertades previstos en la CE no pueden considerarse absolutos, “*pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que se han sometido esos derechos y libertades*”. El ejercicio restringido de los derechos fundamentales precisa de una causa específica y las razones que motivan su restricción deben ser expuestas a los titulares de los derechos afectados<sup>53</sup>.

De ahí que no sea posible desconocer la limitación que en el ámbito de las relaciones empresariales impone el artículo 14 CE. Así, el poder de dirección y organización de la empresa consagrado en el artículo 20 CE tiene como límite no lesionar los derechos expresamente reconocidos al trabajador. Esto es, la organización del trabajo es facultad inherente a la dirección de la empresa, que diseña su sistema económico conforme al principio de libertad de empresa previsto en el artículo 38 CE<sup>54</sup>. Si bien, el Derecho del trabajo impone la prohibición de discriminación a fin de limitar la voluntad de las partes.

Por ello, el acto de libertad manifestado por el empresario carecería de virtualidad para oponerse a la efectividad del derecho fundamental a la no discriminación por las causas o circunstancias constitucionales y legales, pues en caso contrario vulneraría los artículos 14 CE y 17.1 ET.

En este sentido, la inclusión de los criterios de selección comentados atentan contra los derechos fundamentales y la inobservancia del contenido de los artículos mencionados por parte del empresario no supone para el trabajador una disminución de sus derechos fundamentales como ciudadano. De ahí que los actos de libertad que ejerce el empresario al adoptar decisiones no deban encerrar diferencias de trato arbitrarias y sin

---

trabajador cedan cuando el empresario acredite suficientemente estrictas necesidades organizativas para ello”. En este sentido véase, ORTIZ LALLANA, C.: “Derechos fundamentales y relación de trabajo”, op. cit., p. 20. Asimismo, manifestando su postura en contra respecto a esta argumentación véase, MONTOYA MELGAR, A.: “Poder directivo de empresario y derecho del trabajador a la propia imagen” (STC 99/1994, de 11 de abril), en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XII, 1994 (Alonso Olea, M.; Montoya Melgar, A.), Civitas, Madrid, p.245.

<sup>53</sup>Cfr., la STC 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204).

<sup>54</sup>Vid., MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G.: *Decisiones...*, op. cit., p. 29.

fundamento. Esto es, las diferencias que el empresario puede adoptar no tienen que presentar tintes discriminatorios vedados por la CE. De manera que su poder empresarial no podrá ejercerse en contra de los valores constitucionales, tales como la salud, la seguridad de las personas, la libertad y la dignidad humana. Esta última, puede resultar lesionada cuando la conducta discriminatoria puede causar un resultado peyorativo para el perjudicado.

Ciertamente, el empresario puede exigir una determinada imagen del trabajador como exigencia de prestar un buen servicio o en consonancia con la imagen de la empresa. Esta exigencia puede provocar la colisión entre el derecho fundamental del trabajador a su propia imagen conforme al artículo 18.1 CE y el ejercicio de las facultades directivas y organizativas del empresario amparadas en la libertad de empresa según los artículos 38 CE y 20 ET. E incluso, puede colisionar con prohibición de discriminación, al preferir a los candidatos con “buena imagen” y discriminar a los que no la presenten. Sin embargo, aun cuando los poderes de dirección tienen fundamento constitucional, deben someterse a los límites que derivan de los derechos fundamentales de los trabajadores. Es decir, entre los límites que la Constitución prevé a los poderes empresariales se encuentra la primacía que tienen los derechos fundamentales<sup>55</sup>. De manera que, la colisión del derecho fundamental a la propia imagen del trabajador y la libertad organizativa del empresario debe ser resuelta aplicando criterios de racionalidad, esto es, las facultades empresariales no sólo deben ser legítimas sino razonables. Así pues, la limitación del derecho fundamental a la propia imagen del trabajador sólo puede manifestarse cuando sea la única solución posible para alcanzar el legítimo interés empresarial y, siempre que la naturaleza del puesto exija no tener una determinada imagen. Siendo en nuestro caso el requisito de “buena imagen” atentatorio contra el derecho fundamental a la propia imagen. Sin olvidar que el derecho a la propia imagen es un derecho atribuido con carácter general a los ciudadanos, que se ejercita en el ámbito de la relación laboral por ciudadanos que son a la vez trabajadores, constituyéndose en derechos laborales<sup>56</sup>.

<sup>55</sup>Cfr., la STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99), que por primera vez limita las facultades empresariales haciendo prevalecer un derecho fundamental del trabajador frente a las facultades empresariales organizativas del trabajo. Siendo lógico que los derechos fundamentales del trabajador ejercidos en el ámbito de la empresa limitan las facultades del poder empresarial y, no al contrario.

<sup>56</sup>Vid., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, *RL*, 12/1996, p. 110.

#### 4. Conclusión

Toda la exclusión de determinados colectivos de trabajadores que no se fundamente en motivos objetivos y razonables es contraria a las exigencias constitucionales y legales de no discriminación, reconociéndose la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador frente al empresario en cuanto persona y ciudadano, lo que significa el respeto a los derechos inherentes a la dignidad de la persona. De manera que los derechos fundamentales acompañan a la persona en las distintas facetas de su vida y, por consiguiente, también durante la prestación de su actividad laboral.

De hecho, las decisiones empresariales no pueden utilizar los requisitos de la edad como restrictivos para el acceso al empleo. De ahí que, la convocatoria u ofertas de empleo que prevean como conveniente que el futuro candidato tenga una determinada edad no puede convertirse en una regla que signifique la exclusión de todos los aspirantes que no hayan alcanzado o hayan sobrepasado los límites fijados en el anuncio del concurso u oferta, ya que tal limitación constituye una discriminación en el empleo por razón de la edad. Excepcionalmente, se admitiría establecer requisitos de edad cuando sea necesaria para el empleo concreto.

Por ello, dado que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ha admitido a trámite ciertas denuncias contra la publicación de anuncios sobre ofertas de empleo en los que se discrimina a los trabajadores por razones de edad, sería aconsejable adoptar disposiciones legislativas que prohíban mencionar en las convocatorias u ofertas reglas o requisitos de selección que sean susceptibles de discriminación prohibida por normas constitucionales, legales e internacionales, siempre que no estén directamente relacionadas con las aptitudes profesionales relacionadas con las exigencias del puesto de trabajo. Siendo necesario que los entes que ofrecen empleo, no sólo se limiten a respetar el principio de no discriminación en su aspecto negativo, esto es, absteniéndose de ejercer discriminaciones, sino que deberían actuar en un sentido positivo fomentando la igualdad efectiva en el acceso al empleo.

Por todo ello, la conducta empresarial que adopta los criterios de discriminación fundados en el sexo, la edad y en condiciones subjetivas precisan de medias especiales de protección o asistencia y, en consecuencia, se califica de discriminatoria la convocatoria en su integridad por causar un resultado peyorativo respecto a los aspirantes que no cumplen con los requisitos exigidos en la misma. En definitiva, las desigualdades creadas

constituyen un abanico de discriminaciones con tendencia marginal respecto al colectivo que no cumple con los requisitos de selección exigidos, puesto que discriminar no es más que distinguir, es decir, la acción de efectuar una distinción, sea positiva, negativa o neutra. En nuestro caso los requisitos de limitación, exclusión o preferencia aparentemente neutros producen efectos negativos y desproporcionados en los grupos perjudicados. Siendo en tales casos preciso evitar la marginación de los denominados grupos “victimizados”, mujeres y trabajadores maduros, que tienen dificultades para el acceso al empleo.