

La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad y su relación con las medidas positivas: cuestiones procesales y sustantivas a raíz de la STSJ C. Valenciana de 20/12/2018 (rec. 3174/2018)

Discrimination in access to public employment on grounds of age and its connection to affirmative action: procedural and substantive issues on the basis of STSJ C. Valenciana 20/12/2008 (rec. 3174/2018)

RAFAEL MOLL NOGUERA

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

ORCID ID: 0000-0002-7763-4621

Recibido: 1/3/2020

Aceptado: 26/4/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2020.5541>

Resumen: La discriminación en el acceso al empleo por razón de edad presenta aristas de carácter procesal y sustantivo pendientes de despejarse legalmente. Mientras tanto, los tribunales se enfrentan a esta inseguridad jurídica y, ante la utilización de criterios interpretativos diferentes, e incluso contrarios, la tutela judicial que finalmente obtiene la víctima varía según el caso. En este contexto, el presente artículo pretende dar cuenta de cuáles son los problemas jurídicos más relevantes que suscita la discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad respecto del personal laboral. El texto aborda en primer lugar las cuestiones de naturaleza procesal y a continuación profundiza sobre los aspectos materiales, aprovechando como hilo conductor la sentencia objeto de análisis.

Palabras clave: competencia jurisdiccional, discriminación, edad, medida positiva, tutela.

Abstract: Age discrimination to employment has procedural and substantive aspects to be resolved by law. Meanwhile, the courts face this legal uncertainty and, given the use of different and even contrary interpretative criteria, the judicial protection that the victim finally obtains varies depending on the case. In this context, this article aims to give an account of the most relevant legal problems currently arising from age discrimination in access to public employment in relation to labour jobs. The text deals first with questions of a procedural nature and then goes into the material aspects, taking advantage of the judgment under analysis as a guiding thread.

Keywords: jurisdiction, discrimination, age, affirmative action, protection.

*rafael.moll@uv.es

1. Introducción

La discriminación en el acceso al empleo por razón de edad se presenta desafortunadamente como una realidad demasiado presente y conocida en la actualidad, a pesar de que su constatación cuantitativa resulte todavía hoy una labor pendiente¹. En todo caso, gracias a las cifras de desempleo conocidas durante los últimos años, sabemos que el mercado laboral tiende a expulsar tanto a las personas jóvenes como a las maduras², convirtiéndose todas ellas en grupos vulnerables desde el punto de vista de la tutela del derecho constitucional al trabajo. A su vez, el empleo público tiende a mimetizar esta dinámica del mercado laboral y, como consecuencia de ello, los tribunales siguen ejerciendo su labor protectora gracias a unos mimbres legales que, sin embargo, no ofrecen soluciones satisfactorias desde el punto de vista procesal y sustantivo. Esta inseguridad jurídica cobra especial relevancia cuando la posible discriminación por edad en el acceso al empleo tiene como origen o está causada por una medida positiva de fomento al empleo en beneficio de un colectivo social determinado, dentro del marco constitucional y legal vigente. Así, surge la incógnita principal de si los tratos diferenciados en favor de un grupo vulnerable (los jóvenes) pueden amparar y justificar la exclusión de otro sector social desfavorecido igualmente en el mercado laboral (los mayores). Precisamente, la STSJ C. Valenciana de 28/12/2018 aporta respuestas a este y otros interrogantes relativos a la discriminación por edad³, cuya fundamentación jurídica es analizada críticamente y comparada con las soluciones dadas por la doctrina, la jurisprudencia y el resto de la práctica judicial.

2. El orden jurisdiccional competente

De entrada, y en el terreno de lo estrictamente procesal, la primera incógnita que surge en torno a la discriminación en el acceso al empleo es la relativa al orden jurisdiccional competente para conocer de este tipo de demanda. En este sentido, como se sabe, en aquellos casos en los que el empleador es un sujeto privado no se plantea ningún tipo de duda legal, al corresponderle al orden social el conocimiento de estas cuestiones. Por el contrario, si la empleadora es la Administración pública la respuesta se vuelve menos sencilla como veremos a continuación.

De hecho, y como no podría ser de otra manera, la primera cuestión que se plantea en el recurso que da lugar a la sentencia objeto de análisis es la relativa al orden jurisdiccional competente para conocer del asunto. Debe significarse que en la instancia se entendió que el orden social no era el competente para ello, correspondiéndole al orden contencioso-administrativo. A este respecto, según matiza el tribunal de suplicación, el objeto concreto del litigio es la impugnación directa o indirecta mediante un acto de aplicación (como es el caso) de una convocatoria de empleo público que se reputa como discriminatoria por excluir a los mayores de 30 años.

El TSJ de la Comunidad Valenciana entiende que el orden jurisdiccional competente para conocer de este asunto es el social y no el contencioso-administrativo, cambiando así el criterio

¹ HelpAge Internacional España, *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: Madrid, 2020, p. 29.

² Consúltese el *Informe sobre el mercado de trabajo anual del 2019* publicado por el Observatorio de las Ocupaciones del SEPE. <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/observatorio/informes-mercado-trabajo/referentes-mercado-trabajo.html?mgnlFormToken=15698b89-f4b4-42b0-b0ad-641306e6f5cf>

³ Debe advertirse que en la sentencia comentada se sugiere que nos encontremos ante un supuesto de discriminación multicausal, por cuanto el puesto de trabajo obligaba a tener contacto con el público. No obstante, en este trabajo no se abordará esta posibilidad, si bien la exigencia de un requisito de edad general en una convocatoria en un sector no feminizado difícilmente se traduce en un factor de discriminación por razón de sexo.

jurisprudencial hasta ahora mantenido como regla general⁴. Precisamente la trascendencia de esta sentencia se explica, no solo por el interesante fondo que más adelante se analizará, sino por el giro interpretativo concediendo la competencia al orden social para conocer de la impugnación de los actos previos de las Administraciones públicas.

En este sentido, son cuatro las razones que llevan a la Sala de lo Social a asumir la competencia como propia. En primer término, se señala que la diferenciación entre empleador privado y público a la hora de impugnar una oferta de empleo es “discutible”. En segundo término, se argumenta que la aprobación de la LRJS supuso un cambio sustancial en la delimitación de competencias respecto a lo establecido en la LPL de 1995, pues con el sistema anterior, la impugnación de los actos administrativos de las Administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral correspondía al orden contencioso-administrativo (salvo que se estableciese lo contrario), mientras que con el actual sistema la impugnación de este tipo de actos corresponde al orden social según se deduce del art. 2.n) y s) de la LRJS, manteniendo el orden contencioso, eso sí, la competencia para conocer de la impugnación directa de las disposiciones generales en materia laboral. En tercer término, entiende que corresponde al orden social por tratarse de un acto administrativo en materia laboral que no se encuentra expresamente atribuido a otro orden jurisdiccional. En cuarto término, el TSJ recupera la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias de 28 de abril de 2015 (rec. 90/2014) y 5 de octubre de 2016 (rec. 280/2015) relativa al orden de selección de bolsas de trabajo, y entiende que los argumentos dados por el TS para reconocer al orden social competente allí resultan extrapolables.

No obstante, tal y como reconoce el tribunal, la delimitación de las competencias en el orden social es una cuestión relativamente compleja, pues la norma no resuelve con claridad todos los supuestos que se plantean en la realidad y sigue existiendo disparidad de criterios, especialmente en lo referente a la jurisdicción competente para conocer de las llamadas dentro de una bolsa de trabajo prestablecida⁵. Desde esta perspectiva, resulta interesante acercarse a la jurisprudencia y práctica judicial dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJS en torno a la determinación del orden competente para resolver las cuestiones que se suscitan con carácter previo a la existencia de una relación laboral cuando el sujeto contratante es una Administración pública, a fin de verificar si se trata de un tema resuelto o, por el contrario, sigue siendo problemático.

Así, han sido ya varias las veces en las que el TS ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Aparece en primer lugar la STS de 28 de abril de 2015 (rec. 90/2014), en la que se apoya la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana. El litigio versaba sobre el respeto al orden de llamada de una bolsa de empleo público, pues en este caso la Comunidad de Madrid no había llamado según disponía el convenio colectivo a los candidatos que aparecían en las posiciones más altas porque con ello se sobrepasaba el límite legal máximo de concatenación de contratos temporales. A la hora de fijar el orden jurisdiccional competente, el TS recupera su doctrina relativa a reclamaciones individuales de los integrantes de las bolsas de trabajo cuando entienden haber sido preteridos en el llamamiento, plasmadas en dos sentencias del Pleno de la Sala de 14 de octubre de 2000 (rec. 2647/98 y 5003/98). De acuerdo con dicha doctrina, el conocimiento de estas cuestiones corresponde al orden contencioso por tres razones principales. Primero, porque siempre que se trate de una contratación externa o nuevo ingreso y no de una promoción interna en donde la Administración actúa

⁴ La doctrina ha apuntado a que esta debe ser la solución tras la entrada en vigor de la LRJS, véase, NORES TORRES, L. E., “Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias”, en Ángel Blasco Pellicer (Dir.), *El proceso laboral*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 44-55 y 81-82; GARCÍA RUBIO, M. A., “La contratación laboral en el Sector Público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra y eventual”, en Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 318-319.

⁵ GARCÍA RUBIO, M. A., “La contratación laboral en el Sector Público...”, *op. cit.*, pp. 314-319.

claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas. Segundo, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público, por lo que la regulación por el Derecho Administrativo es prevalente en atención a la presencia de un interés general. Tercero, porque no se trata de un derecho adquirido al puesto de trabajo, sino que solamente son meras expectativas al mismo.

Esta doctrina, matiza el TS, ha sido modificada por la entrada en vigor de la LRJS, ya que el art. 2.n) atribuye al orden social la competencia para conocer de las “demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en material laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional”. No resulta indiferente que el propio TS se encargue de subrayar el término “laboral” en el texto de la sentencia, pues como continúa explicando el Tribunal, la jurisprudencia anterior se refería a procesos ordinarios planteados individualmente por personas que figuraban en las listas o bolsas de trabajo reclamando su mejor derecho respecto a la persona nombrada, mientras que en el supuesto que se debate en la sentencia de 28 de abril de 2015 es un conflicto colectivo que afecta a la totalidad de los trabajadores incluido en las bolsas para exigir que se siga el orden de preferencia de la puntuación de cada uno de acuerdo con el sistema previsto en el convenio colectivo. Por ello, el auténtico debate gira en torno a la interpretación jurídica del precepto convencional, lo cual, concluye el TS, es materia propia de un conflicto colectivo ex art. 151 LRJS, cuya competencia le corresponde al orden social pues “en este supuesto no puede decirse que lo solicitado por la parte actora afecta en nada a las potestades administrativas de la Administración demandada, en tanto en cuanto lo solicitado es, simplemente, el cumplimiento de un acuerdo colectivo”.

A mayor abundamiento, la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2013 (rec. 1706/2013) que, al ser recurrida en casación da lugar a la referida STS de 28 de abril de 2015, matizaba con total acierto que el orden competente debía ser el social porque el objeto del litigio no era estrictamente anterior a la posible relación contractual que pudieran llegar a formalizar los afectados con la Administración pública, sino que, por el contrario, se referiría a la exclusión de estos para volver a ser contratados temporalmente por haberlo sido anteriormente. Desde esta perspectiva, el TSJ de Madrid señalaba que el conflicto derivaba de una relación laboral de duración determinada o, mejor dicho, de varias que habían mantenido con la Administración y, por tanto, el orden social era el competente de conformidad con el art. 2.a) y g) de la LRJS.

En conexión directa con el supuesto anterior aparece la STS de 5 de octubre de 2016 (rec. 280/2015), a la que también se refiere el TSJ de la Comunidad Valenciana. Los hechos son prácticamente idénticos a los recogidos en el anterior caso, de tal forma que la cuestión litigiosa se concretaba nuevamente en la interpretación de una norma de un convenio colectivo que afectaba a la totalidad de los trabajadores incluidos en las bolsas de trabajo. Así, el TS reconoce que en este supuesto el orden competente es el social. Más esclarecedora es, si cabe, la sentencia de la que trae causa, la STSJ de Madrid de 19 de junio de 2015 (rec. 101/2015). En ella se especificaba que en el caso concreto no se cuestionaba si el personal afectado debía o no ser incluido en la bolsa, pues ya lo estaba, no proviniendo por tanto de una contratación externa, o sea, de nuevo ingreso, sino que se trataba de dilucidar la legalidad de la actuación de la Comunidad de Madrid de acuerdo con lo estipulado en el convenio colectivo.

Hasta el momento puede observarse que tal vez, y en contra de lo sustentado por el TSJ de la Comunidad Valenciana, no resulta automáticamente proyectable la doctrina del TS recogida en las dos sentencias anteriores, pues en ellas solo se matiza o, mejor dicho, se actualiza parcialmente su anterior jurisprudencia a la LRJS, en concreto, en lo que tiene que ver con las actuaciones de

la Administración pública en el ejercicio de sus funciones en materia laboral, como puede ser un conflicto colectivo derivado de la interpretación y/o aplicación de un convenio colectivo⁶. Como resultado, puede afirmarse que la LRJS no ha alterado el reparto competencial, en términos generales, fijado por la doctrina clásica del TS, siendo competente, por consiguiente, el orden contencioso-administrativo para conocer de los conflictos que se generen con antelación al vínculo laboral entre la Administración pública y los candidatos.

Es más, entre estas dos sentencias del TS, se dictó la STS de 30 de noviembre de 2015 (rec. 33/2015), la cual declara plenamente vigente la jurisprudencia tradicional de la Sala cuarta en virtud de la cual le corresponde al orden contencioso-administrativo “la competencia para conocer de los conflictos suscitados por la previsión de puestos de trabajo por los organismos públicos, siempre que tales conflictos no se susciten con ocasión de la cobertura de los puestos en cuestión por procedimientos de promoción interna”, reiterando cada uno de los argumentos en los que se apoya dicha doctrina. Sobre esta base, el TS insiste que cuando la pretensión consista en atacar directa o indirectamente las convocatorias de acceso al empleo público el orden social no resultará competente, y ello, aunque la pretensión pueda derivar del convenio colectivo, puesto que el objeto del litigio se dirige a incidir y paralizar una actuación de la Administración pública, que actúa como tal en el ejercicio de sus competencias y no como empresario. Acaba añadiendo esta sentencia que de alterar la jurisprudencia tradicional se permitiría que el orden social se “impusiera e invadiera las competencias exclusivas y excluyentes del contencioso-administrativo sobre el control jurisdiccional de un proceso de selección externo, cuyo juez natural predeterminado por la ley –nos parece obvio– es este último ex art. 6.4 LOPJ y art. 2.c) de la Ley 29/1998, LRJCA”.

Así las cosas, si bien es cierto que puede apreciarse cierta contradicción con las dos sentencias analizadas previamente, concretamente en lo que se refiere a la incidencia que puede desplegar el origen convencional del conflicto en la determinación del orden jurisdiccional competente, lo que parece claro es que el TS, con los matices indicados, declara vigente su anterior doctrina jurisprudencial a tenor de la cual el orden social no será en principio competente para conocer de los asuntos relativos a bolsas de trabajo en el acceso al empleo público.

En idéntico sentido se pronuncia, nuevamente, el TS en la sentencia de 6 de noviembre de 2018 (rec. 222/2017), al afirmar que “todas las incidencias previas a la constitución del vínculo, como son las relativas al proceso de selección –desde los actos relativos a la oferta de empleo, la convocatoria y sus bases, las pruebas y su desarrollo, la dotación, etc.–, en la medida en que se rigen por el derecho administrativo, se plantean ante el orden contencioso-administrativo. Y ello, en la medida en que predomina aquí su carácter público en la actuación de la administración en cuestión”, remitiendo a sentencias del propio tribunal anteriores a la entrada en vigor de la LRJS.

Por otro lado, en el ámbito de la doctrina judicial parece existir consenso al respecto, pues los tribunales coinciden en reconocer al orden contencioso-administrativo como el competente para conocer de la impugnación directa o indirecta por medio de actos de aplicación de las convocatorias de empleo público. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de marzo de 2015 (rec. 133/2013) niega la competencia del orden social porque “lo que se decidía era una contratación externa o nuevo ingreso en la administración, no una simple promoción interna, que es posterior a la existencia del contrato de trabajo, rigiéndose por el derecho administrativo”. Del mismo tribunal, pero de la Sala de lo Social, es la sentencia de 13 de octubre de 2016 (rec. 1716/2015). En ella se aclara que la jurisprudencia sentada del TS relativa al orden competente en estos casos “no ha sido devaluada por la reciente LRJS y, en particular, por su art. 2.n), pues los actos a los que se refiere el precepto “no son aquellos que emite la administración con

⁶ En esta línea también la STSJ de Islas Canarias de 30 de octubre de 2015 (rec. 761/2015).

carácter previo a la contratación laboral, para hacerla posible u ordenarla mediante la selección y formación de bolsas de trabajo. Sino que se refiere a los casos en los que la administración actúa revestida de autoridad y no como mera empleadora, porque ejerce facultades de autorización, cautelares o de otro tipo". Es más, dicha sentencia, acertadamente apunta a que la STS de 30 de enero de 2015 (rec. 33/2015), "resuelve un caso ya posterior a la entrada en vigor de la mentada LRJS, sin cuestionarse siquiera la subsistencia de su doctrina, y reitera lo que es un lugar común sobre estos asuntos".

De forma similar, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social) de 10 de noviembre (proced. 262/2016) se remite a la argumentación contenida en la STS de 30 de noviembre de 2015 (rec. 33/2015), declarándose la Sala no competente porque se trata de impugnar una convocatoria efectuada por un ente público para acceder a plazas de nuevo ingreso, no siendo tal acto propio de un empleador, pues es previo a la formalización de un contrato de trabajo, presupuesto necesario que determina la competencia del orden social de la jurisdicción, tratándose de una actuación administrativa".

Manteniendo el mismo criterio encontramos la STSJ de Castilla y León (Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativa) de 12 de abril de 2019 (rec. 8/2019) que, una vez más, se remite a la STS de 30 de noviembre de 2015, para asumir la competencia para conocer de la impugnación de los concursos de nuevo ingreso de personal laboral para la Administración pública. En concreto, entiende que los actos que ponen término a una convocatoria regida por los principios de mérito y capacidad, propia del ámbito administrativo, dirigida a la contratación externa de un trabajador que hasta el momento no tenía vinculación laboral con el ente administrativo y que exige una partida presupuestaria pública, corresponde conocer de su impugnación a la jurisdicción contencioso-administrativa⁷.

En conexión con el orden competente, y ante la divergencia interpretativa en la práctica judicial sobre la competencia para conocer, en concreto, de los asuntos relativos al orden de llamada dentro de las bolsas de trabajo⁸, el Tribunal Supremo ha dictado en pleno una sentencia que trata de despejar la cuestión con carácter general. Así, la STS de 11 de junio de 2019 (rec. 132/2018), después de revisar toda la doctrina sobre la distribución competencial entre los dos órdenes implicados, alcanza la conclusión que todas las incidencias durante las fases de contratación del personal laboral por parte de las Administraciones públicas deben conocerse en el orden social, también la fase preparatoria, que viene a conformar el propio vínculo de trabajo entre las partes, por lo que

⁷ Es importante señalar la existencia de otros pronunciamientos en los que se declara que la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, por ejemplo, la STSJ de La Rioja (Sala Contencioso-administrativa) de 29 de enero de 2015 (rec. 193/2014); SSTSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de enero junio de 2017 (rec. 451/2017) y 17 de enero de 2018 (rec. 715/2017); SSTSJ de Andalucía (Sevilla, Sala de lo Social) de 17 de mayo de 2018 (rec. 1345/2017) y (Málaga, Sala de lo Social) de 30 de mayo de 2018 (rec. 2169/2017).

⁸ En este asunto pueden encontrarse pronunciamientos judiciales en distinto sentido. Por un lado, SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de diciembre de 2016 (rec. 1556/2016) y de 14 de septiembre de 2017 (rec. 1862/2016); SSTSJ C. Valenciana de 4 de abril de 2017 (rec. 3/2017) y la propia de 20 de diciembre de 2018 (rec. 3174/2018); STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de octubre de 2017 (rec. 1192/2017); SSTJ de Galicia de 30 de octubre de 2017 (rec. 2012/2017), de 18 de diciembre de 2017 (rec. 3555/2017), de 2 de abril de 2018 (rec. 5336/2017). Todas ellas del orden social, se atribuyen la competencia para conocer de los conflictos surgidos en torno a la preferencia de llamada en las bolsas de empleo. Por otro lado, la STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de octubre de 2016 (rec. 578/2016) resuelve que la competencia para conocer de una demanda relativa al orden de selección corresponde al orden contencioso-administrativo por "insertarse en actuaciones previas a la contratación y opera al margen de relación laboral alguna debiendo, por consiguiente, reputarse ajena a la jurisdicción social". Asimismo, la STSJ de Extremadura (Sala de lo Social) de 28 de marzo de 2019 (rec. 73/2019) atribuye al orden contencioso-administrativo la competencia para conocer de la pretensión de nulidad y de todos los actos posteriores de la oferta de una plaza de personal laboral por no haberse respetado el orden que, para la cobertura de puestos de trabajo del personal laboral, establece el convenio aplicable. Las razones para adoptar dicha decisión son las mismas, por remisión expresa, a las recogidas en la STS de 30 de noviembre de 2015, en la que, por cierto, anuló otra sentencia anterior del TSJ de Extremadura en un caso similar. En este sentido, concluye que "aunque la razón que se está invocando para tal declaración de nulidad sea la infracción de un precepto de un convenio colectivo, solo la jurisdicción contencioso-administrativa resulta competente para analizar y resolver tal pretensión de nulidad".

rectifica su anterior doctrina y descarta el criterio anterior para la atribución competencial a favor de uno u otro orden jurisdiccional sustentado en la existencia o no de una previa relación o vínculo con la Administración. Ahora bien, este cambio doctrinal surge en el marco de un conflicto colectivo en el que debe interpretarse el convenio colectivo aplicable a la Administración como presupuesto de validez de la convocatoria de empleo. Sin embargo, y frente a la rotundidad interpretativa que acaba de reflejarse, la propia sentencia se encarga de hacer una separación de materias entre ambos órdenes, declarando en favor del social las que versen sobre la aplicación e interpretación de convenios colectivos como condicionante para la validez de la convocatoria⁹; la impugnación de convocatorias de promoción interna en procesos de consolidación, y ello, aunque concurra también personal externo; y, por último, las cuestiones relativas a las bolsas de trabajo y el respeto a la preferencia en el orden de llamada. Por el contrario, serán competencia del orden contencioso-administrativo las cuestiones referidas a la impugnación de convocatorias de acceso de personal laboral en las que no resulte controvertida la interpretación de una norma convencional; y también las incidencias relativas al proceso de selección externo, desde los actos relativos a la oferta de empleo, la convocatoria y sus bases, las pruebas y su desarrollo, la dotación, etc.

Precisamente, esta nueva doctrina de separación de materias –que no deja de ser una recapitulación hecha por parte del TS de sus propias sentencias dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJS–, vuelve a ser aplicada poco después en la STS de 10 de diciembre de 2019 (rec. 3006/2017) para entender que la cuestión relativa a los problemas de la bolsa de trabajo debe conocerla el orden social.

En suma, tras analizar la jurisprudencia del TS y la práctica judicial dictada hasta el momento, se comprueba que la doctrina tradicional del TS en virtud de la cual el orden jurisdiccional competente para conocer de los aspectos previos a la contratación por parte de una Administración pública es el orden contencioso-administrativo se ha visto afectada levemente por la entrada en vigor de la LRJS, especialmente en lo que se refiere a las bolsas de empleo y a la interpretación del convenio colectivo como presupuesto de validez de la convocatoria de empleo.

También es posible concluir que la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2018 (rec. 3174/2018) se aparta de forma pionera de este criterio –y seguramente acertada desde el punto de vista de la tutela del trabajador–, al reconocer al orden social como competente para conocer de todas las materias referidas a la contratación del personal laboral, incluidas las incidencias previas al vínculo laboral y a la configuración de la bolsa de empleo. Esta sentencia está llamada a convertirse en una referencia de contraste para un futuro recurso de casación en unificación de doctrina ante el TS. Así, el TS tendrá la oportunidad de aclarar, por fin, el exacto alcance de su nueva doctrina, ya que sigue sin resolver con precisión la extensión de la competencia del orden social en lo que tiene que ver con la selección del personal laboral, pues, como se decía, por un lado, reconoce a este orden como el competente para conocer de todas las fases de contratación, pero, por otro lado, establece una distribución por materias entre ambos órdenes¹⁰.

⁹ Por ejemplo, y como muestra de esta doctrina se dicta la STS de 12 de diciembre de 2019 (rec. 119/2018) en relación con la impugnación de las bases de una convocatoria en conexión con la interpretación del convenio colectivo aplicable.

¹⁰ Con fecha de 12 de febrero de 2020, la Sala de Conflictos de Competencia del TS dictó un auto (rec. 13/2019) en la que el TS dirime un conflicto negativo de competencia ante la impugnación de una pregunta por parte de un candidato. El TS, de forma un tanto sorprendente matiza que no se trata de un acto dictado por la Administración en el ejercicio de sus potestades y funciones en material laboral subsumible en el art. 2.º LRJS, sino que la materia es un acto preparatorio “que encuentra acomodo natural entre los litigios que discurren entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 2.º LRJS)”. Habrá que ver cuál es el recorrido de esta nueva fundamentación jurídica para atribuir la competencia al orden social de los actos previos a la contratación, pues la LRJS no alteró este precepto, por lo que el cambio de doctrina difícilmente puede sustentarse sobre este.

3. La impugnación de la convocatoria de empleo público como requisito procesal

A continuación, una vez resuelto cuál debe ser el orden jurisdiccional competente, cabe despejar otra incógnita de índole procesal relativa a la necesidad de impugnar las bases de la convocatoria aparentemente discriminatorias. En este sentido, resulta necesario responder, por un lado, si la tutela judicial efectiva se agotaría en la impugnación de las bases o, por el contrario, además de esta vía, el ciudadano que ha sufrido la aparente discriminación puede atacar el resultado del proceso de selección en el que ha sido excluido. Por otro lado, pero íntimamente ligada a la cuestión previa, debe analizarse si el hecho de no impugnar las bases de la convocatoria impide posteriormente atacar la resolución de seleccionados.

Pudiera pensarse que la falta de impugnación de las bases en su momento hace inviables alegaciones sobre su legalidad con ocasión de la resolución del concurso, pues tales argumentos se debieran haber hecho valer, en su caso, frente a la convocatoria y no frente a la resolución de esta, que debe ajustarse a su contenido. Ello supondría, de algún modo, un recurso indirecto, fuera de plazo, contra las propias bases. Por esta razón, la jurisprudencia y la doctrina judicial impiden impugnar, con carácter general, el acto de aplicación de una convocatoria que en su día no se impugnó y, por tanto, se dejó consentidas y firmes las bases¹¹. En este sentido, afirma esta doctrina, que la convocatoria de un concurso y sus bases no constituye una disposición general que permita su impugnación indirecta, ya que no pasa de ser un acto administrativo dirigido a una pluralidad indeterminada de personas, de aplicación concreta y singular de normas legales y reglamentariamente establecidas que, al carecer de voluntad de permanencia, no se integra en el ordenamiento jurídico. Así pues, las bases no son normas reglamentarias, por lo que, en principio, no cabe efectuar una suerte de impugnación indirecta de las mismas en momentos posteriores del proceso selectivo, rigiendo el carácter de acto consentido de las mismas.

Ahora bien, esta doctrina ha sido flexibilizada por parte del TC, al matizar que el hecho de no haber impugnado las bases en su momento no cierra necesariamente la posibilidad de impugnar el acto aplicativo de exclusión cuando el motivo sea la vulneración del ordenamiento constitucional o legal e incidan en una causa de nulidad¹². La razón de esta facilidad impugnatoria se encuentra en que, según el TC, en realidad no se pretende un enjuiciamiento abstracto de normas, sino que se busca el restablecimiento o reparación de lesiones concretas a derechos fundamentales y libertades públicas.

En efecto, con base en las sentencias del TC, se han abierto cauces de impugnación de las bases en momentos posteriores a su aprobación, no solo en los supuestos restringidos de vulneración de derechos fundamentales y otros supuestos de nulidad de pleno derecho, sino incluso en otros escenarios en los que se genera un verdadero perjuicio ilegal para el interesado. En este sentido, los efectos de una convocatoria ilegal no pueden purgarse por el mero transcurso del tiempo o, dicho de otro modo, la falta de impugnación de las bases no subsana las ilegalidades que pudieran contener, pues ello supondría que “el derecho sería disponible para la Administración y para las partes que lo consienten [...]”. En consecuencia, el consentimiento de las bases no puede convertirse en un obstáculo impeditivo a priori de la fiscalización de los actos administrativos¹³. En la misma línea se mueven las sentencias del TS de 22 de diciembre de 2016 (rec. 3998/2015 y rec. 3982/2015), según las cuales los participantes de un concurso pueden impugnar judicialmente los actos de asignación

¹¹ SSTC (Sala Contencioso-administrativa) de 22 de mayo de 2009 (rec. 2586/2005), de 9 de diciembre de 2002 (rec. 985/2000), 24 de enero de 1991 (RJ 1991, 430); STSJ C. Valenciana de 15 de octubre de 2001 (Sala Contencioso-Administrativo, rec. 41/2001); STSJ Murcia de 21 de noviembre de 2007 (rec. 926/2007); SAN (Sala Contencioso-Administrativo) de 16 de marzo de 2011 (rec. 43/2010).

¹² SSTC 193/1987 de 9 de diciembre, 93/1995 de 19 de junio, 200/91 de 28 de octubre, y 107/2003 de 2 de junio.

¹³ STSJ de Galicia de 13 de julio de 2017 (Sala de lo Social, rec. 153/2017)

de plazas sin necesidad de tener que impugnar previamente las bases del concurso (de promoción interna) si las mismas incurren en ilegalidad por contravenir lo dispuesto en el convenio colectivo, puesto que, en caso contrario, supondría renunciar a derechos reconocidos en el convenio colectivo. Pues bien, en coherencia con esta doctrina, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de diciembre de 2018 (rec. 3174/2018) valora acertadamente que, estando en juego la posible vulneración de un derecho fundamental, no debe impedirse a la trabajadora impugnar los actos aplicativos de una convocatoria que en su momento no atacó.

En cambio, en lo que se refiere a la primera incógnita planteada al inicio de este apartado, esto es, si la tutela judicial se agota en la impugnación de las bases, de tal forma que no es posible a continuación reintentar indirectamente la anulación de dichas bases impugnando un acto de aplicación, la respuesta es necesariamente diferente. En efecto, si se hubieran impugnado las bases ante el orden jurisdiccional competente, bien por la propia trabajadora, bien por terceros, rechazándose por sentencia firme el carácter discriminatorio de las mismas, no se podría reabrir de nuevo el debate en un proceso posterior al hilo de la impugnación de un acto aplicativo habida cuenta de la cosa juzgada material. En efecto, a pesar de que para que exista la presunción de cosa juzgada y surta efecto en otro juicio es necesario la identidad entre las causas, las personas y calidad con que fueron demandadas, el TS y la práctica judicial declaran que ese clásico criterio no puede ser exigido de una forma rígida y literal, sino que debe atenderse a la finalidad que persigue, de modo que si la resolución recaída en el primer proceso constituye un presupuesto esencial para la adecuada decisión del segundo, la excepción debe ser acogida¹⁴. Por tanto, si se hubiera desestimado la pretensión de declarar una convocatoria discriminatoria, no podrá perseguirse su anulación impugnando un acto aplicativo de esta, por cuanto existe una especial conexión entre los objetos procesales al suponer lo juzgado un prejuicio o un antecedente lógico ineludible para el juicio sobre el objeto del segundo proceso.

4. La discriminación en el acceso al empleo público por razón de edad en supuestos de promoción al empleo de un determinado colectivo

4.1. La edad como factor de discriminación

De entrada, conviene empezar matizando que la edad, como rasgo físico propio de todas las personas, es un elemento bastante impreciso y ambiguo en el campo de la discriminación¹⁵. Es decir, no está de más plantearse, siquiera brevemente, cuál es la razón ontológica por la que la edad puede constituir un factor de discriminación laboral. A diferencia de otros posibles motivos de discriminación, la edad no se presenta como una realidad fija, absoluta y limitada a partir de la cual analizar y enjuiciar la eventual diferencia de trato entre un colectivo posiblemente discriminado en relación con otro no discriminado. Por el contrario, la edad aparece como una realidad cambiante, pues todos vamos cumpliendo años y, precisamente por ello, difícilmente se puede delimitar de forma nítida un grupo social susceptible de padecer discriminación por tal razón. Por tanto, la pertenencia al grupo social susceptible de sufrir discriminación no depende de ninguna característica inherente

¹⁴ STS de 9 de marzo de 2007 (rec. 1968/2005) y de 18 de abril de 2012 (rec. 63/11); STSJ País Vasco de 29 de enero de 2002 (rec. 11/2002); SAN de 20 de noviembre de 2006 (proced. 140/20006); STSJ C. Valenciana de 22 de diciembre de 2009 (rec. 3523/08); STSJ Andalucía (Sevilla) de 24 de mayo de 2011 (rec. 721/2011); STSJ País Vasco de 27 de abril de 2017 (rec. 730/2017).

¹⁵ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2007, p. 12.

a la persona que la acompañe permanentemente, “sino que es un rasgo que cambia en las distintas fases por las que atraviesa su vida”¹⁶.

Desde esta perspectiva, el *tertium comparationis* entre colectivos sociales irá inexorablemente mutando con el paso del tiempo, a medida que la propia estructura social vaya alterándose, por ejemplo, rejuveneciéndose o madurando. A este respecto, no se sabe con exactitud, tal vez porque dicha frontera sea imposible de trazar, cuándo un trabajador deja de ser joven para ser un trabajador no joven y cuándo un trabajador no joven pasa a ser un trabajador maduro, y si un trabajador no joven es lo mismo que un trabajador no maduro. Más allá de este galimatías, podemos acercarnos a edades orientativas que nos permiten fijar fronteras, aunque ambiguas, gracias a los planes de fomento de empleo para colectivos vulnerables. Ahora bien, la fijación de cualquier edad concreta a fin de diferenciar y separar colectivos sociales para compararlos entre sí no deja de ser cuestionable.

En suma, como ha señalado la doctrina¹⁷, definir el grupo potencialmente discriminado resulta una tarea difícil, ya que la edad es siempre una realidad relativa y cambiante¹⁸, lo que conduce a que las víctimas puedan ser diferentes en función del criterio seguido, de tal modo que la discriminación no se dirige directamente contra las personas, sino contra un atributo mutable de ellas¹⁹.

Con independencia de estas reflexiones iniciales, en el plano normativo, tanto internacional²⁰ como nacional²¹, la edad sí aparece reconocida como un factor discriminatorio²². En cambio, dicho reconocimiento no ha implicado una tutela comparable al resto de causas discriminatorias²³, posiblemente por las razones expuestas anteriormente que dificultan, en última instancia, regular la discriminación por razón de edad de forma clara y eficaz. De hecho, a nivel comunitario, como se comentará más adelante, no puede hablarse de la existencia de un principio absoluto de no discriminación por razón de edad²⁴.

4.2. La difícil tarea de delimitar la discriminación en el acceso en el empleo por razón de edad

4.2.1. El marco jurídico de la discriminación en el acceso en el empleo por razón de edad y el papel de las medidas positivas

Conviene recordar que el debate o conflicto jurídico que subyace a la discriminación es la adecuada conjugación entre dos derechos de relevancia constitucional: por un lado, el derecho fundamental de igualdad, consagrado como tal en el art. 14 CE en conexión con el derecho al trabajo del art.

¹⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., “Discriminación por edad y negociación colectiva: una relación por construir”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 296.

¹⁷ MERCADER UGUINA, J. R., *Principios de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)*, Madrid: Estudios de I+D+I, núm. 46, 2009, p. 4. (consultado 20/04/2020). <http://envejecimiento.csic.es/documentacion/biblioteca/registro.htm?id=53281>

¹⁸ SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, p. 22.

¹⁹ SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿cientista de las discriminaciones?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, p. 11.

²⁰ En profundidad, MARTÍNEZ QUES, Á. A., “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1067-1102.

²¹ En profundidad, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite para el acceso a la función pública”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, 2005, pp. 1-14.

²² El TC en la STC 75/1983 de 3 de agosto pronto la incorporó vía interpretativa en el listado del art. 14 CE, y la versión de 1980 del ET ya contemplaba en el art. 4 la edad como factor discriminatorio.

²³ LOUSADA AROCHENA, J. F., “Discriminación por edad: conceptos generales”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 77.

²⁴ OLARTE ENCABO, S., “Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, p. 84.

35.1 CE; y, por otro lado, el derecho a la libertad de empresa previsto en el art. 38 CE, en cuyo núcleo esencial se halla la capacidad de decidir el número de trabajadores y la elección concreta de los mismos²⁵, prohibiéndose, en todo caso, que dicha decisión empresarial esté motivada por una razón discriminatoria.

A partir de ahí, y por lo que se refiere a la discriminación por razón de edad, esta puede planear y materializarse en tres momentos de la relación laboral: con carácter previo a la misma, esto es, en el acceso al empleo; durante la relación laboral, como pudiera ser en supuestos de ascensos o promoción; y, por último, la discriminación puede tener lugar al momento de extinguir la relación laboral. Profundizando en la discriminación en el acceso en el empleo, sin duda, la más difícil de controlar por cualquier política antidiscriminatoria²⁶, la casuística y la normativa comunitaria ha permitido dibujar dos grandes escenarios de posible discriminación por razón de edad²⁷: la edad como requisito profesional esencial y determinante, y la edad como elemento configurador de políticas de empleo.

En relación con las exigencias de edad propias del puesto de trabajo resulta *a priori* fácil de entender que no constituyan una discriminación, en la medida en que el estado físico de la persona trabajadora puede tener una repercusión en el desempeño de la actividad. Debe tratarse, en todo caso, de un requisito profesional esencial y determinante, que se desprenda de datos científicos en el marco de la medicina del trabajo y deportiva, como pudiera ser la capacidad respiratoria, la musculatura o la resistencia física²⁸. Pues bien, en estos supuestos, la imposición de una frontera biológica parece razonable sin que ello suponga por sí mismo una discriminación por razón de edad. En este sentido, el art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación recoge y ampara esta diferencia de trato, sin que ello suponga una discriminación, siempre que la edad constituya una condición esencial y determinante en relación con el puesto a ocupar concreto.

Respecto a aquellos otros puestos de trabajo en los que el estado físico no tiene mayor repercusión, la exigencia de una determinada edad puede resultar más difícil de entender²⁹. Con todo y con ello, el art. 6.1 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros añadan otras diferencias de trato por motivo de edad lícitas en el marco de las políticas nacionales. Es decir, la norma comunitaria parte del presupuesto de que la edad, en tanto en cuanto es un hecho biológico cambiante y que afecta a su capacidad laboral, está en condiciones de “generar diferencias justificadas”³⁰. A este respecto, y bajo el paraguas de la persecución de objetivos legítimos –que la propia Directiva se encarga de señalar cuáles son, como las políticas de empleo o la regulación del mercado de trabajo–, el legislador comunitario ofrece un listado ejemplificativo de posibles tratos justificados. Entre ellos destacada el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo para los jóvenes o los trabajadores de mayor edad.

A mayor abundamiento, y con el fin de garantizar la igualdad real entre los ciudadanos, el art. 7 de la Directiva reconoce la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas de acción

²⁵ GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Manual de Derecho del Trabajo I*, 7ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 203.

²⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿centienta de las discriminaciones?”, *op. cit.*, p. 10.

²⁷ AGÍS DASILVA, M., “Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 149.

²⁸ FUENTETAJA PASTOR, J. Á., “Los límites máximos de edad como requisito de acceso a la función pública desde la perspectiva del derecho europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015, pp. 1-15.

²⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite...”, *op. cit.*, p. 7.

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, p. 1034.

positiva para prevenir o compensar las desventajas que puedan sufrir un determinado colectivo social vulnerable, como pudiera ser los jóvenes o los trabajadores de mayor edad. El trato diferenciado derivado de la aplicación de estas medidas no constituirá una discriminación por razón de edad, o de cualquier otro motivo, habida cuenta de la finalidad compensadora o preventiva que persiguen en aras de la igualdad social. Con este fundamento legal, es frecuente que las políticas de empleo sirvan de justificación de trato diferenciado en virtud de la edad³¹.

Así las cosas, la Directiva no considera un motivo “sospechoso” de discriminación la edad, al menos en comparación con la raza o el sexo, precisamente, porque se trata de un factor cuyo alcance y límites no son fáciles de definir³². Dada la literalidad amplia de las excepciones de la Directiva, el TJUE, ante el elevado número de cuestiones prejudiciales elevadas por los órganos nacionales, ha elaborado una jurisprudencia que, a pesar de su carácter “oscilante” y “contradictorio”, ha terminado por avalar que cualquier medida susceptible de ser adscrita a objetivos de política de empleo será legítima si resulta apta para promover su consecución y no exista otra menos agresiva capaz de hacerlo, de tal modo que solo las medidas manifiestamente innecesarias podrán ser consideradas discriminatorias³³.

Como se observa, la ponderación de derechos en liza referida previamente, recuérdese, el derecho a la igualdad y la libertad de empresa, se complica aún más, en cuanto que en la ecuación están presentes otros elementos de igual relevancia constitucional, como son las acciones positivas en favor de un colectivo determinado de trabajadores y las medidas concretas de política de empleo impulsadas tanto por los agentes sociales como por el Gobierno, con amparo legal, como se sabe, en los arts. 17.2 y 17.3 del Estatuto de los Trabajadores respectivamente.

Si bien es cierto que la OIT ha entendido que las políticas públicas dedicadas preferentemente a un grupo de edad frente a otro suponen una discriminación entre estos dos grupos³⁴, según el art. 7.1 de la Directiva, en conjunción con el 6.1, las medidas de acción positiva, más que una excepción a la prohibición de discriminación, constituyen una habilitación para llevar a cabo diferencias lícitas basadas en la edad³⁵. En esta línea, el informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE y la Directiva 2000/78/CE del año 2014 recuerda que las diferencias de trato basadas en la edad resultan admisibles si están justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y si los medios empleados para alcanzar tal finalidad resultan apropiados y necesarios. En definitiva, estas medidas de acción positiva tratarán de fomentar la integración en el mundo laboral de determinados colectivos que, en este caso, por razón de su edad, permanecen en una situación más desfavorable para el mercado laboral que el resto de los trabajadores³⁶.

Es evidente que las políticas que favorezcan o fomenten el empleo de un determinado colectivo social delimitado por la edad implicará perjudicar las opciones o las expectativas del resto de trabajadores³⁷, especialmente los maduros, pues ambos tienen, en cierto modo, intereses contradic-

³¹ FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea”, *RGDTSS*, núm. 52, 2019, p. 73.

³² REQUENA CASANOVA, M., “Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia TJUE Vital Pérez C. Ayuntamiento de Oviedo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016, p. 242.

³³ SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿cencienta de las discriminaciones?”, *op. cit.*, p. 13.

³⁴ OIT., *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96ª reunión, 2007, Informe I (B), p. 42.

³⁵ SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, p. 36

³⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, p. 73.

³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de los resultados”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, p. 9.

torios³⁸. En otros términos, habida cuenta de la existencia de diferentes colectivos desfavorecidos en términos de empleo, se genera una competitividad entre ellos por los estímulos de fomento al empleo que se ofrezcan³⁹. A pesar de la bondad que debe presumírsele a cualquier medida de acción positiva, lo cierto es que en el ámbito de las diferencias de trato por razón de edad surge, como resultado de su aplicación, una situación paradójica dada la existencia de dos grupos sociales desfavorecidos en el mercado laboral: los jóvenes y las personas de mayor edad. A este respecto, alguna parte de la doctrina entiende que no resulta legítimo favorecer a un grupo de edad (los jóvenes) a costa de discriminar (con expulsión) a otros (los de edad avanzada) por ser ambos discriminados en realidad por su edad⁴⁰. Según esta corriente, las medidas positivas no pueden encontrar su fundamento en el llamado reparto del empleo o la redistribución del trabajo, pues ello constituye un “frontal ataque a la efectiva consecución de la prohibición de discriminación en el empleo”⁴¹.

Por el contrario, otra corriente de pensamiento defiende que la adopción de medidas de acción positiva en favor de un colectivo determinado en el acceso al empleo es posible mientras resulte constatable que ser joven o mayor incide desfavorablemente para ser contratado⁴². En particular, la validez de una medida positiva en el acceso en el empleo dependerá de si dicha medida resulta necesaria, adecuada y proporcional⁴³.

Así, y no siendo problemático justificar las dos primeras condiciones, la proporcionalidad y razonabilidad de la medida se vuelven un aspecto complejo, pues para afirmar que la medida es proporcional es preciso realizar tres operaciones jurídicamente difusas: en primer lugar, se debe valorar el daño o perjuicio que puede generar la medida a una concreta persona por quedarse al margen del proceso de selección en cuestión; en segundo lugar, debe medirse el beneficio que con la adopción de la medida positiva se genera para el resto de la sociedad; y por último, se exige comparar los potenciales perjuicios y los pretendidos beneficios, siendo necesario que estos últimos sean mayores que los primeros. Lo anterior no significa que los daños o perjuicios que puedan causarse a los excluidos sean intrascendentes, pero sí resultan “irrelevantes jurídicamente” en lo que atañe a la legitimidad de las medidas de acción positiva, de tal modo que dicho perjuicio queda superado por los beneficios que implica para la colectividad⁴⁴.

En el terreno práctico, el empleador debe estar en condiciones de acreditar la vulnerabilidad del sector poblacional que pretende beneficiar con la acción positiva y exigir a los candidatos los requisitos profesionales suficientes para llevar a cabo la prestación de servicios con solvencia. En caso contrario, de no existir o no poder acreditar dicha situación desfavorable de partida o no exigir los requisitos de suficiencia y solvencia podría entenderse que ha generado una discriminación para aquellos otro que, poseyendo esos requisitos, no pueden acceder a la contratación por pertenecer a ese otro colectivo que queda excluido de la oferta de empleo en cuestión⁴⁵.

Desde mi punto de vista, resulta legítimo establecer medidas de acción positiva en favor de determinados grupos en atención a su edad, aunque tengan como secuela el efecto antagonista, siendo lo realmente importante la justificación de esa medida, pues no debe confundirse una me-

³⁸ SANGUINETI RAYMOND, W., “Discriminación por edad y negociación ...”, *op. cit.*, p. 296.

³⁹ FITA ORTEGA, F., “Políticas de empleo y edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, p. 228.

⁴⁰ SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, p. 39

⁴¹ *Ibidem*, p. 41.

⁴² FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 50.

⁴³ *Idem*. En este sentido, SSTC núm. 78/2012 de 16 de abril y núm. 117/2011 de 4 de julio.

⁴⁴ FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 51.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 49

didada netamente de exclusión con otra positiva o de favorecimiento⁴⁶. Así, mientras que para que las primeras resulten válidas debe exigirse una justificación poderosa, las medidas positivas serán válidas si se acredita la finalidad de tutela y restitución de igualdad de oportunidades que persigue en beneficio de los desfavorecidos por circunstancias personales inevitables, máxime cuando dicho trato diferenciado se encuadra en el marco de las políticas de empleo⁴⁷.

Cabría apuntar una última cuestión sobre la justificación de los tratos diferenciados, y es la relativa a si el interés empresarial puede constituir una finalidad legítima según la Directiva europea comparable a las políticas de empleo o el mercado de trabajo o, por el contrario, estas conductas empresariales sí constituyen una discriminación en el acceso al empleo por razón de edad. Sobre el asunto se posicionó el Tribunal Supremo avalando el trato diferenciado en la conocida sentencia de 27 de diciembre de 1999 (rec. 1959/1999) en relación con la fijación de una edad máxima de 25 años para ser contratado como personal auxiliar de vuelo. El interés empresarial en rejuvenecer la plantilla es según el Alto Tribunal perfectamente justificable, pues la actividad de auxiliar de vuelo requiere de unas condiciones psicofísicas especiales, siendo la media de la plantilla en ese momento de 40,1 años.

4.2.2. La decisión del TSJ C. Valenciana desde una perspectiva crítica

Pues bien, la sentencia comentada, que está sirviendo de hilo conductor, entiende que la convocatoria del Ayuntamiento de Almenara para la contratación de dos informadores turísticos para el periodo estival (93 días) bajo la modalidad contractual de obra o servicio determinado, y según la cual se contratarían preferentemente a aquellas personas candidatas con formación o experiencia en la dinamización de recursos turístico, siempre y cuando no excedieran los 30 años, resulta discriminatoria por razón de edad. Alcanza tal conclusión después de valorar que no existe en tal caso una justificación objetiva y razonable para fijar el umbral excluyente de la edad de 30 años, pues considera que la existencia de otros colectivos sociales con altas tasas de desempleo, como son los “trabajadores maduros”, no permite establecer “una suerte de preferencia de unos sujetos sobre otros”, sino que deberá ponderarse ambos derechos mediante el canon de proporcionalidad. Así, la sentencia admite la idoneidad de la medida para favorecer el empleo juvenil, pero rechazada que resulte la única medida efectiva y adecuada para tal fin, negando igualmente que dicha medida sea proporcional al generar mayores perjuicios para la comunidad que beneficios, al haber bastado, según el tribunal, recurrir a los programas específicos de apoyo al empleo juvenil para llevar a cabo estas medidas.

Sin embargo, y desde una perspectiva crítica, como la doctrina ha apuntado, los trabajadores jóvenes se encuentran, como regla general, en una situación mucho más desfavorecida por el propio ordenamiento⁴⁸ y por el mercado laboral⁴⁹. En este sentido, conviene recordar que los jóvenes son un colectivo de especial atención y protección en el texto constitucional, al establecerse en el art. 48 CE que los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo social y económico (también político y cultural). A su vez, durante los últimos años, como es sabido, la Unión Europea ha destinado gran parte de su presupuesto en el desarrollo de políticas de empleo juvenil, principalmente a través de la Iniciativa de Empleo Juvenil e importantes inversiones específicas en el marco del Fondo Social Europeo. A mayor abundamiento, la vigente Ley de empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre) identifica como colectivo prioritario

⁴⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, p. 97.

⁴⁷ Así lo ha avalado el propio TC en múltiples sentencias, entre otras, la 280 /2006 de 9 de octubre (FJ 8) y 341/2006 (FJ 3). También el TJUE expresamente en la sentencia de 5 de marzo de 2009 (Asunto C-388/07 Age Concern England).

⁴⁸ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como... op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ SOLÀ I MONELLS, X., “La imposición de límites máximos de edad en el acceso al empleo”, *IusLabor*, núm. 3, 2016, p. 3.

de especial atención a los jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, a favor de los cuales se establecerán programas específicos destinados a fomentar su empleo. Es cierto que existen otros colectivos también considerados prioritarios, pero en el caso de las personas mayores de 45 años, la doctrina ha matizado que no todos integran un colectivo prioritario, sino que la norma añade el requisito de que se trate de parados de larga duración, por lo que solamente estos deberían ser un colectivo beneficiario o destinatario de medidas de acción positiva⁵⁰.

En todo caso, debe significarse que el fomento del empleo juvenil es entendible que se haga gracias a planes de empleo temporal, pues una vez salvada la etapa en la que se les presume menos experiencia pasarán al grupo social de trabajadores no jóvenes⁵¹. Precisamente esta transitoriedad asociada a la experiencia profesional de los jóvenes explica que la temporalidad pueda ser una característica aceptable en el fomento de este tipo de trabajadores y no para otros. Dicho de otro modo, una persona madura no se encuentra en una situación transitoria, sino que cada vez será un trabajador de más edad, por lo que confiar en la contratación temporal como medida de fomento no es lo óptimo. Así, las finalidades perseguidas por la política de empleo en caso de los colectivos desfavorecidos por razón de edad no son plenamente coincidentes, pues mientras que para los jóvenes buscan estimular su acceso al mercado de trabajo, en el caso de trabajadores maduros el objetivo debe ser el acceso y, sobre todo, el mantenimiento en él⁵². Y, precisamente, desde esta perspectiva, la medida positiva en favor de los menores de 30 años fijada en la convocatoria del Ayuntamiento de Almenara sí que resultaría idónea, necesaria y proporcional.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que los tratos de favorecimiento no exigen una justificación tan intensa como los de mera exclusión. En otros términos, el defensor de la medida positiva en favor de los trabajadores por razón de su edad no está obligado a aportar pruebas rigurosas que desdibujen la sospecha de discriminación, ni el tribunal debe someterla a control estricto como si de una medida peyorativo se tratase⁵³, sin perjuicio de tener que probar la adecuación de la medida con los fines propuestos. La doctrina apunta a que debe partirse de una valoración apriorísticamente favorable de la medida que busca eliminar la discriminación⁵⁴, sin que resulte de aplicación estricta el vigente art. 96 de la LRJS, de tal modo que cualquier medida de acción positiva goza de una especie de presunción de legitimidad, dada su finalidad compensadora de la desigualdad⁵⁵. De hecho, se apunta a que el propio Tribunal Constitucional no suele hacer un control muy exigente en cuanto a la justificación de la exigencia de un tope de edad para acceder al empleo se refiere, si está basada dicha medida en el favorecimiento a un determinado colectivo social⁵⁶.

5. El alcance indeterminado de la tutela reparadora por discriminación en el acceso en el empleo

En último lugar, debe prestarse atención a la tutela que el ordenamiento jurídico brinda a las personas que han sufrido discriminación en el acceso en el empleo. Destaca que la Directiva comunitaria no establezca un régimen de posibles sanciones y recursos en caso de discriminación por razón de edad, sino que deja a los Estados miembros la libertad de establecer las soluciones adecuadas para

⁵⁰ OLARTE ENCABO, S., "Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos", *op. cit.*, p. 91.

⁵¹ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como...op. cit.*, p. 86.

⁵² FITA ORTEGA, F., "Políticas de empleo y edad", *op. cit.*, p. 222.

⁵³ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como...op. cit.*, p. 108.

⁵⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E., "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en Manuel Ramón Alarcón Caracuel (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991, análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 244.

⁵⁵ OLARTE ENCABO, S., "Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos", *op. cit.*, p. 89.

⁵⁶ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como...op. cit.*, p. 108.

alcanzar el objetivo marcado en la Directiva, si bien en su art. 17 obliga a establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, pudiendo incluir la indemnización a la víctima.

A partir de ahí, el legislador español en los arts. 182 y 183 LRJS contempla dos medidas reparadoras ante la lesión de un derecho fundamental: por un lado, el restablecimiento de la víctima en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión; y, por otro lado, el reconocimiento de una indemnización en función del daño moral, y los daños y perjuicios adicionales derivados. En el contexto concreto de que la discriminación tenga lugar en el acceso al empleo, cabe preguntarse ¿puede condenarse al empresario a contratar a la persona discriminada?

Al respecto, la reparación de las consecuencias de la decisión discriminatoria en el acceso al empleo impondría la realización del acto omitido, esto es, contratar a la persona rechazada por su edad, si bien ello casa tremendamente mal con el carácter personalísimo de la relación laboral. Desde esta perspectiva, la doctrina es unánime en rechazar que en estos casos se pueda imponer al empresario la contratación del trabajador discriminado, no siendo posible la constitución forzosa y directa de la relación laboral⁵⁷. Por tanto, solo cabe, por un lado, la corrección de la convocatoria en términos generales y, por otro lado, la exigencia individual de una indemnización sustitutoria de daños y perjuicios, que puede comprender no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante, a probar en todo caso por el trabajador (art. 1106 CC)⁵⁸. En este sentido, debería probarse que la conducta discriminatoria le ha impedido o dificultado el acceso a otro empleo y con otros empleadores.

En esta misma línea aparece algún otro pronunciamiento judicial, como por ejemplo, la STSJ de Aragón de 21 de diciembre de 1998 (núm. 777/1998), que entendió que no podía condenarse a la empresa a la contratación de la víctima y al abono de los salarios que habría percibido si no hubiera sufrido discriminación porque el propio carácter temporal de la relación laboral lo impedía y, especialmente, porque “carece de derecho a ser retribuida con salarios no habiendo prestado servicios efectivos laborales”. Así, este tribunal señaló que en estos casos solo cabe un pronunciamiento resarcitorio teniendo en cuenta el carácter temporal de la contratación frustrada.

No obstante, en la sentencia objeto de comentario, el TSJ de la Comunidad Valenciana, una vez ha alcanzado la consideración de que la trabajadora mayor de 30 años ha sufrido discriminación y, por tanto, no debió ser excluida del proceso de selección, deriva la conclusión que la trabajadora debe ser baremada al igual que el resto de los trabajadores y, en su caso, estimarle la petición de ser retribuida por el trabajo que habría desempeñado si no hubiera sufrido tal discriminación.

Es decir, el TSJ de la Comunidad Valenciana se aparta de la doctrina previamente referida y considera que la tutela reparadora debe integrar, al menos, la baremación por parte del propio TSJ de los méritos de la candidata víctima conforme al baremo de la convocatoria; el derecho a ser contratada si obtuviera una valoración suficiente en dicha baremación; y el reconocimiento de las retribuciones que habría percibido de haber sido contratada por no haber sufrido discriminación. En consecuencia, el tribunal, después de calcular la puntuación correspondiente a la candidata, condena al ayuntamiento al pago de la totalidad de las retribuciones que la víctima hubiera percibido de no haber padecido discriminación desde el momento inicial. Obsérvese que la condena al Ayuntamiento a contratar a la víctima no podía ser ejecutada en sus propios términos pues el periodo temporal para prestar los servicios ya había pasado, por lo que parece que el tribunal basa su decisión en el art. 18.2 de la LOPJ, para reconocer y calcular la indemnización equivalente a los

⁵⁷ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO, G., *Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario breve*, Madrid: Civitas, 1980, p. 63; BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª Edición, Madrid: Trotta, 1995, p. 500; GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁸ GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, *op. cit.*, p. 213; FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la ...”, *op. cit.*, p. 85.

días que hubiera trabajado de no haber sufrido discriminación. Asimismo, el tribunal le reconoce una indemnización por daños morales de 1000 euros atendiendo exclusivamente a las “circunstancias y gravedad del hecho”, a pesar de que la víctima solicitaba una cuantía mayor en tal concepto.

No obstante, no es la primera sentencia que opta por una tutela más garantista en favor de la persona discriminada, pues la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 22 de diciembre de 2007 (rec. 980/2007) reconoció a la víctima el derecho a ser contratada por el empleador y, al mismo tiempo, una indemnización por lucro cesante en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir y, a mayores, una indemnización por daños morales atendiendo a la situación de angustia e incertidumbre.

En conexión con la tutela reparadora, debe traerse a colación las sentencias del Tribunal Constitucional, núm. 173/1994 de 7 de junio (FJ 4) y la núm. 29/2002 de 11 de febrero de 2002 (FJ 7), que abordaron un supuesto concreto: empresa que no renovó el contrato temporal de la trabajadora por estar embarazada o formar parte de un sindicato, respectivamente. El TC determinó que la tutela que merecía la víctima en este tipo de situaciones debía ser la misma que la prevista para los despidos fundados en la vulneración de un derecho fundamental, o sea, la ineficacia absoluta del acto empresarial extintivo, de tal modo que la denegación de la prórroga quedaba anulada y, por ello, debía entenderse prorrogado el primitivo contrato temporal. Ahora bien, la doctrina ha puntualizado con acierto que no se puede otorgar a estas sentencias un carácter generalizado extensible a otros supuestos como el que se aborda en la sentencia objeto de análisis, ya que no se trataba de una primera contratación, sino la denegación de una prórroga de un contrato temporal, lo cual resulta más fácilmente reconducible a las consecuencias previstas para el despido⁵⁹. Asimismo, no debe olvidarse que la causa de discriminación en dichas sentencias es diferente, con un marco jurídico protector con distinto alcance, seguramente mayor por las razones expuestas al principio de este artículo.

No obstante, es preciso señalar que, en un supuesto de discriminación por razón de sexo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 108/2019, de 30 de septiembre de 2019, ha extendido esta tutela integral, que incluye la obligación para el empresario de contratar a la víctima, a la fase anterior a la celebración del contrato, por cuanto anula la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2017 (rec. 3116/2016) que revocaba y dejaba sin efecto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia de fecha 23 de junio de 2016 (autos 447/2016). Esta última, además de reconocerle a la víctima el derecho a percibir las cantidades equivalentes a las retribuciones correspondientes desde el momento que debió ser contratada y de una indemnización, a mayores, por daños morales, condenó a la Administración pública a su contratación en la plaza a la que víctima por discriminación aspiraba.

A pesar de este importante avance jurisprudencial en la tutela reparadora frente a la discriminación, resulta necesario relativizar su impacto atendiendo a dos matices. Primero, tal vez esta tutela no sea directa y automáticamente extensible al resto de causas discriminatorias, pues como el propio Tribunal Constitucional recuerda en esta sentencia, para la discriminación por razón de sexo del art. 14 CE se ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, como se apuntó al principio, guía la licitud de las medidas de acción positiva, muy presentes en la promoción al empleo por edad.

Segundo, en esta sentencia, el TC se limita a anular la STSJ, lo que lleva a recuperar eficacia a la SJS, sin entrar en la tutela reparadora en caso de discriminación. De hecho, en la fundamentación jurídica no se hace mención al fallo de la SJS en lo relativo a “con el reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de su selección”. Es más, a diferencia de otros casos, ni siquiera en este supuesto ha declarado la firmeza de la SJS⁶⁰. En este sentido, a la hora de concretar el

⁵⁹ FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la ...”, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁰ Por ejemplo, STC 149/2017 de 18 de diciembre de 2017 (vid. fallo y FFJJ 7 y 8); STC 2/2017 de 23 de febrero de 2017 (fallo y FJ 7); 71/2013 de 8 de abril de 2013 (fallo y FJ 4).

alcance de su sentencia y, en concreto, del restablecimiento del derecho, el TC, a pesar de la libertad que tiene *ex arts.* 54 y 55 LOTC, no ordena ninguna medida específica más allá de la anulación de la STSJ⁶¹. Ahora bien, no debe olvidarse que el TC ha de estar al objeto de la demanda y a las alegaciones del demandante y, en este caso, lógicamente ninguna objeción se hace a la SJS, que no impugna, sino que la impugnada es la STSJ. Por tanto, como se ve, el TC no entra en la SJS porque no es la que se recurre y tampoco establece medidas específicas de tutela, lo cual sí hubiera sido necesario en caso de que todas las sentencias previas hubieran negado el derecho y hubieran sido objeto de impugnación.

6. Bibliografía

- AGÍS DASILVA, M., “Discriminación por edad en el empleo y la ocupación desde la perspectiva del Derecho Europeo”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 135-161.
- ALONSO OLEA, M. y BARREIRO, G., *Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario breve*, Madrid: Civitas, 1980.
- APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2007.
- BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, 2ª Edición, Madrid: Trotta, 1995.
- FABREGAT MONFORT, G., *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. E., “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en Manuel Ramón Alarcón Caracuel (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo, 1981-1991, análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1992, pp. 161-274.
- FITA ORTEGA, F., “La tutela del Derecho a la no discriminación de los trabajadores de edad avanzada en el contexto español y de la Unión Europea”, *RGDTSS*, núm. 52, 2019, pp. 61-92.
- FITA ORTEGA, F., “Políticas de empleo y edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 209-230.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á., “Los límites máximos de edad como requisito de acceso a la función pública desde la perspectiva del derecho europeo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, de 13 de noviembre de 2014”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 53, 2015, pp. 1-15.
- GARCÍA RUBIO, M. A., “La contratación laboral en el Sector Público (I): cuestiones generales y contratos temporales de obra y eventual”, en Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 299-416, pp. 314-319.
- GOERLICH PESET, J. M., “El ingreso del trabajador en la empresa”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Manual de Derecho del Trabajo I*, 7ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de edad”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, pp. 93-124.
- HelpAge Internacional España, *La discriminación por razón de edad en España: Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos*, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: Madrid, 2020.

⁶¹ Véase el fallo de la STC 342/2006 de 11 de diciembre de 2006..

- LOUSADA AROCHENA, J. F., “Discriminación por edad: conceptos generales”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 73-96.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 69-80.
- MARTÍNEZ QUES, Á. A., “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1067-1102.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La edad máxima como límite para el acceso a la función pública”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, 2005, pp. 1-14.
- MERCADER UGUINA, J. R., *Principios de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)*, Madrid: Estudios de I+D+I, núm. 46, 2009.
- NORES TORRES, L. E., “Los órganos del orden social de la jurisdicción y sus competencias”, en Ángel Blasco Pellicer (Dir.), *El proceso laboral*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11-140.
- OIT., *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, presentado ante la Conferencia Internacional del Trabajo en su 96ª reunión, 2007, Informe I (B).
- OLARTE ENCABO, S., “Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos”, en Jaime Cabeza Pereiro, María Amparo Ballester Pastor y Marta Fernández Prieto (Dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 81-97.
- REQUENA CASANOVA, M., “Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia TJUE Vital Pérez C. Ayuntamiento de Oviedo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 38, 2016, pp. 239-254.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación por razón de edad y trabajadores jóvenes”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2017, pp. 1033-1044.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualación de los resultados”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1996, pp. 3-12.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Discriminación por edad y negociación colectiva: una relación por construir”, en Jaime Cabeza Pereiro, Belén Cardona Rubert y Fernando Flores Giménez (Coords.), *Edad, Discriminación y Derechos*, Navarra: Aranzadi, 2019, pp. 291-321.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pp. 10-15.
- SERRANO ARGÜELLO, N., “La edad como factor de discriminación en el empleo”, *RCUT*, núm. 12, 2011, pp. 17-44.
- SOLÀ I MONELLS, X., “La imposición de límites máximos de edad en el acceso al empleo”, *Ius-Labor*, núm. 3, 2016, pp. 1-28.