

«Next Generation EU» y políticas de mercado de trabajo inclusivo: transiciones (espinosas) desde las discriminaciones (sistémicas por edad y discapacidad) a la integración (en igualdad)

Cristóbal Molina Navarrete

Director

La sensación dominante de que la pérdida de capacidades en la vejez es «natural» supone un obstáculo para el debate que tanto necesitamos.

M. C. Nusbaum y S. Levmore (*Envejecer con sentido*)

Cuando promovemos los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad estamos empoderando a los individuos, enriqueciendo a las sociedades y fortaleciendo las economías.

J. Somavia (*Comunicado de prensa OIT*)

1. El carácter inclusivo, ¿la «rama pobre» del modelo de recuperación económica?

Sin la crudeza, ni el alcance de «austeridad» exigida para la Gran Recesión de 2008, tampoco está dispuesta la Unión Europea (UE) a «regar» de recursos económicos los Estados con mayor incidencia de la Gran Recesión de 2020 (a raíz de la pandemia), sin imponerles condiciones. De ahí, la necesidad de –otra vez– «reformas estructurales», explicadas –o esbozadas– en un [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía](#) para acceder a los fondos Next Generation EU. Toda esa lluvia de cientos de miles de millones de euros (cada vez más retrasada, por lo que ya no será «agua de mayo») está condicionada a la realización de una fórmula de crecimiento («nuevo milagro económico») con tres palabras (cuasi) mágicas: verde, digital e inclusivo.

Por doquier se habla (hablamos y escribimos) de la «transición digital» (el Gobierno le asigna el 33 % de los primeros 72.000 millones de € entre los años 2021 y 2023 –nos han

Esa lluvia de miles de millones de euros está condicionada a la realización de una fórmula de crecimiento con tres palabras (cuasi) mágicas: verde, digital e inclusivo

prometido 140.000 millones en total–), así como de la «transición verde» (37 %). No solo la promesa de ingentes cantidades para un futuro más sostenible y próspero, también el –escaso– esfuerzo legislativo «estructural», para cuando finalice el –interminable– tiempo de las «leyes de urgencia» ([las medidas de «escudo sociolaboral» irán más allá de finales de mayo](#), pese a esa referencia en el [RDL 2/2021, de 26 de enero](#)), así como el «estado de alarma», se concentran en esa doble cualidad mágica –verde y digital–. Piénsese en la regulación del trabajo a distancia, o en la «Ley de trabajo en plataformas digitales», en el ámbito de la transformación digital de la economía, o en la nueva y cacareada Ley de cambio climático y transición energética, con sus «[10 mandamientos](#)», entre los que está el de garantizar, mediante estrategias quinquenales (como las más míticas planificaciones de la economía de todos los tiempos), una transición ecológica (social y laboralmente) justa. Un nuevo intento de hacer creíble el desafío del cambio climático, como ensayara, hace una década y con poquísima fortuna, la [Ley 2/2011, de 4 de marzo](#), de economía sostenible (que casi nadie recuerda siquiera que existe).

No es posible –al margen de su efectividad– negar su importancia. Esta revista presta una atención continuada a todas las cuestiones, estructurales y de actualidad coyuntural, de ambos procesos de transición. Y así seguiremos, incluso aportando nuevos análisis monográficos (por ejemplo, el número de junio para el impacto de la economía de datos en los nuevos modelos de gestión de personas), no solo estudios específicos, en relación con la era de la digitalización. Al igual que en el ámbito de la «era de la sostenibilidad», con la serie de análisis iniciada e impulsada, desde el año pasado, por la profesora Miñarro Yanini, que tendrá continuidad, incluso monográfica, al hilo de analizar la proyección sociolaboral de este nuevo marco normativo e institucional (en el número monográfico de noviembre). Pero ¿qué sucede con la otra palabra mágica, la recogida en último lugar siempre, como si fuese una variable tributaria de las otras: transición «inclusiva»? ¿Se prevé una renovación real en las –obsoletas– [políticas de mercado de trabajo](#) para que transición verde y digital no agrave más las brechas y desequilibrios en términos subjetivos, esto es, de mayor vulnerabilidad de unos colectivos de personas respecto de otros?

¿Qué sucede con la otra palabra mágica, transición «inclusiva»?

Este paradigma inclusivo de recuperación económica y de desarrollo social para el inmediato futuro deberá entenderse, al menos, en cuatro claves de gestión integradora no discriminatoria de la diversidad biopsicosocial y experiencial en las empresas y en los mercados de trabajo. A saber:

- Diversidad de géneros. En nuestro tiempo, a la igualdad entre hombres y mujeres, hay que sumar la [nueva complejidad](#) derivada de [la cuestión integradora de los colectivos «LGBT»](#), con una dimensión especialmente problemática hoy, a raíz del incendiario debate sobre el proyecto de «Ley trans» (algunas leyes autonómicas, como la aragonesa –[Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la comunidad autónoma de](#)

Aragón-, prevén reservar un porcentaje de empleo público a favor de personas de este colectivo).

- Diversidad de edades.
- Diversidad funcional o integración de las personas con discapacidad.
- Diversidad étnica y multicultural.

Venimos dedicando atención a la gestión en equidad de la diversidad de género (en este número, [la magistrada especialista Glòria Poyatos vuelve a incidir en la brecha de género en pensiones](#) que deriva de la segregación sexista ocupacional). Por supuesto, también atendemos en estas páginas, a través de diferentes perspectivas, a la gestión de la diversidad étnico-cultural (por ejemplo, sugerente el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– [en este número por la profesora Margarita Miñarro](#) de las personas que solicitan protección internacional). En este análisis editorial se hará una incursión en la actualidad de las políticas de gestión inclusiva relativas a la edad y a la discapacidad en las empresas y en el mercado de trabajo, hoy de nuevo en el ojo del huracán.

La (deficitaria) gestión de la edad está reabierta con las nuevas condicionalidades exigidas para acceder a los fondos europeos, pero en el ámbito de la reforma de las pensiones. No será el enfoque aquí seguido (queda para diciembre, cuando abordemos la reforma legal anunciada). Aquí trataremos de ofrecer un breve balance (crítico) respecto de la «Enmienda Telefónica» ([disp. adic. decimosexta Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social) y su papel en la sobrerrepresentación de las personas de más edad en las reestructuraciones de empresa. Asimismo, la UE ha propuesto una nueva estrategia para la integración sociolaboral de las personas con discapacidad (2021-2030).

Para ello, se dará cuenta del aparentemente novedoso «marco promocional» que acaba de impulsar la Comisión Europea, a fin de potenciar esa tercera dimensión del modelo de recuperación económica propuesta: el carácter inclusivo de la doble transición, digital y verde, o viceversa. Ahora bien, con objeto de no perder de vista el enfoque pragmático que debe también ponderarse en este ámbito, y que a menudo orilla la Comisión en este tipo de instrumentos (no vinculantes propiamente o *soft law*), contextualizaremos ese marco programático con la visión que nos ofrece, respecto de la gestión de la diversidad por ambas condiciones (edad y discapacidad), la experiencia judicial más reciente. Veremos un tipo de balance algo más pesimista, también más próximo a la realidad, que muestra cómo esa otra palabra mágica de moda, la resiliencia, la capacidad de resistencia, se da más que el esfuerzo institucional por la inclusión en los obstáculos, de hecho y derecho, de las actuales situaciones de discriminaciones sistémicas para caminar hacia esas transiciones justas, más solemnemente proclamadas que concretadas.

2. Un nuevo marco promocional comunitario para hacer creíble la dimensión inclusiva de la transición digital y verde: ¿programas reiterativos o convergencia de condicionalidades? El 4 de marzo, la Comisión publicó dos interesantes documentos que, aun de forma difusa, reflejan las expectativas de la institución de gobierno comunitario de que los Estados dediquen reformas y recursos a actualizar la dimensión inclusiva de las empresas y mercados de trabajo propios de un modelo productivo verde y digital. De un lado, su Comunicación, dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, que contiene el «Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales». Como objetivos, hasta 2030 –otra fecha mítica–, en materia de «empleo, capacidades y protección social», se propone aumentar la tasa de ocupación de las personas entre 20 y 64 años (no aparece la prolongación de la vida activa), hasta situarla en el 78 %, al menos, así como reducir el número de personas en riesgo de pobreza y de exclusión social (no más de 15 millones).

El 4 de marzo, la Comisión publicó dos interesantes documentos que reflejan las expectativas de que los Estados dediquen reformas y recursos a actualizar la dimensión inclusiva de las empresas y mercados de trabajo

Destaca por doquier la referencialidad a los «Objetivos de desarrollo sostenible» de las Naciones Unidas, así como la ambición común de conseguir una Europa fuerte. Recuérdese que esta idea de una Europa social fuerte y de crecimiento basado en las transiciones justas ya se reflejó, antes de la tragedia pandémica, en [otra típica comunicación programática de la Comisión a las instituciones de la gobernanza económica y social de la UE](#). Una y otra vez desfilan los imperativos de transiciones demográficas, tecnológicas y medioambientales.

En este contexto, se lanza, para animar una gestión de la diversidad derivada de la existencia de personas con discapacidad, una nueva [Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030](#) (principio 17), sobre una base ciertamente realista: pese a los avances en las leyes y en las políticas de integración por el empleo de las personas con discapacidad, persiste su discriminación. Y es mayor, conforme al criterio de la discriminación múltiple o de interseccionalidad, cuando concurre con la de edad, sexo, etnia, nacionalidad...

De otro lado, la [Recomendación \(UE\) 2021/402 de la Comisión, de 4 de marzo de 2021, sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 \(EASE\)](#). Aunque el documento reconoce la mayor factura pagada por las personas jóvenes (su tasa de empleo se ha triplicado respecto de la tasa general), evidenciando el riesgo de incurrir en otra generación perdida (considerando 4), toma nota de que la crisis también afecte de forma negativa a aquellos grupos en posición desfavorecida en el mercado laboral «como las mujeres, los trabajadores de más edad, [...] las personas con discapacidad, los habitantes de zonas rurales [...], las personas LGBTIQ, los gitanos y otras minorías étnicas [...] o las personas de origen migrante [...]». A tal fin se reclaman políticas activas (medidas de «apoyo activo eficaz para el empleo» o «EASE») que impulsen transiciones para un mercado digital,

verde e inclusivo con los fondos de la Unión. En suma, una y otra vez, se repite, como una letanía, con alta identidad literal, idéntico discurso.

Curiosamente, la recomendación se enorgullece de la utilidad que le presume a la nueva [Directiva 2019/1023/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, para mejorar las oportunidades de empleo si se hace una gestión temprana de las reestructuraciones empresariales. Se propone instrumentar el derecho de insolvencia (preventiva) al servicio de la mejora del empleo (considerando 15). Dejando ahora de lado la falta de trasposición nacional de esa directiva, cuyo plazo finaliza el 17 de julio, la realidad es distinta. Las políticas de reestructuración empresarial tienden a dar una significativa sobrerrepresentación a personas de mayor edad. En realidad, más que para el rejuvenecimiento de las plantillas, está sirviendo para su reducción con automatización mayor. [El «ejemplo» de CaixaBank es demoledor.](#)

En suma, todos los documentos comunitarios, en especial en el marco del pilar europeo de derechos sociales, antes y después de la crisis pandémica, insisten en el derecho de todas las personas a la integración por un empleo (asalariado o autónomo) de calidad (considerando 17 de la recomendación citada). Y, en todo caso, un objetivo irrenunciable debe ser la inclusión, mediante políticas –públicas y de empresa– de «igualdad de oportunidades en las transiciones en el mercado laboral, independientemente del sexo, el origen racial o étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual» (considerando 18).

Sin duda, ambiciosos y loables deseos.

Pero ¿la llamada a la inclusión de grupos de personas desfavorecidas en el trabajo sobre modelos de innovación y sostenibilidad no tiende a hacerse, casi literalmente, después de toda crisis, sin que llegue a materializarse mínimamente en los términos augurados? ¿Qué hay de más creíble, fuera de la ingente

cantidad de fondos, en esta nueva condicio-

nalidad trinitaria –digital, verde, inclusiva–? (*vid.* [Rojo Torrecilla, 2021](#)). De momento, en las normas, nada o muy poco. Habrá que permanecer a la expectativa de esas reformas estructurales, pues la realidad presente no invita al optimismo, más bien lo contrario.

Pero ¿la llamada a la inclusión de grupos de personas desfavorecidas en el trabajo no tiende a hacerse, casi literalmente, después de toda crisis? ¿Qué hay de más creíble en esta nueva condicionalidad trinitaria?

3. Una década de «Enmienda Telefónica»: ¿qué fue del «modelo monetarista» de «tutela» frente a la sobrerrepresentación de las personas de mayor edad en la regulación de empleo? También por aliento comunitario, solo los modernos marcos normativos de transparencia no financiera, y con carácter no coercitivo, sino de simple responsabilidad social corporativa, parecen promover políticas de empresa basadas en la gestión de la diversidad inclusiva. Fue el caso de la [Ley 11/2018, de 28 de diciembre](#), e incluso tangencialmente de la reciente [Ley 5/2021, de 12 de abril](#), que no solo pretende fomentar la implicación

de las personas accionistas en la gobernanza de las sociedades de capital, también mejorar sus aspectos de gestión social. A veces, de forma interesante, pero episódica, hallamos cláusulas convencionales que llaman a negociar planes de diversidad (por ejemplo, art. 53 III [Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal](#)).

Pero más allá de estas pequeñas concesiones cara a la galería, lo cierto es que «peinar canas» no suele ser sinónimo de unas buenas expectativas de continuidad en la empresa, más bien lo contrario, dibuja el riesgo de salida prematura. Que en España las reestructuraciones empresariales no sirven para rejuvenecer se confirma con el intenso efecto del paro tanto del lado de las personas jóvenes (40 % en paro) cuanto del de las personas «maduras», «[a la cola de la OCDE](#)». De ahí, la nueva –enésima– preocupación gubernamental por la situación.

Más allá de pequeñas concesiones cara a la galería, lo cierto es que «peinar canas» no suele ser sinónimo de unas buenas expectativas de continuidad en la empresa

Ni país para personas trabajadoras jóvenes ni para personas trabajadoras «viejas». No es solo un desequilibrio etario de empresas y mercados de trabajo insostenible humanamente, desde el plano de la justicia social (pérdida de calidad de vida y devaluación de la dignidad de las personas), sino también económicamente. La salida prematura de las personas de más edad sería un craso error económico, porque supone, para el país que en 2050 será el más envejecido del mundo, un coste de [pérdida de oportunidades de crecimiento de casi el 15 % del PIB](#).

Pero lo cultural y los números de corto plazo pueden más que la razón y los números a largo plazo. Desde Roma (Cicerón, *De Senectute*), la imagen de la vejez como fenómeno social y del proceso demográfico de envejecimiento asociado es negativa: personas mayores = inactividad (pasivas, retiradas, jubiladas), improductividad y dependencia. La centralidad del valor del productivismo en una sociedad del rendimiento no ha hecho sino agravar esta visión, de modo que los modelos de tutela han tendido a reconducirse hacia medidas monetaristas, basadas en la exigencia de compensaciones económicas, por la empresa y por los poderes públicos. Nada de modelos de protección jurídica «fuertes», coercitivos y coherentes con el primado reconocido a la igualdad de trato y no discriminación, solo modelos promocionales, que no impongan (en cambio, sí prevé, aunque parece que será reformada, la [disp. adic. décima Estatuto de los Trabajadores](#) la facultad convencional de jubilación forzosa), solo de incentivo, o desincentivo, de las voluntades (empresariales), como vimos propone la UE.

Los modelos de tutela han tendido a reconducirse hacia medidas monetaristas, basadas en la exigencia de compensaciones económicas

Este fue el modelo defendido por la [disposición adicional decimosexta de la citada Ley 27/2011](#), conocida como la «Enmienda Telefónica» (en «honor» a la empresa que provocó

el escándalo: vendió como valor económico el despido de miles de personas, cuando tenía miles de millones de beneficios), y que ha contado con los parabienes del Tribunal Constitucional (Sentencia –STC– 66/2015, de 13 de abril) y del Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencia –STS– 872/2017, de 14 de noviembre, comentada y contextualizada por Rojo Torrecilla, 2017). Aunque, bien analizada, la doctrina jurisprudencial mantiene cierta ambivalencia o ambigüedad. En este sentido, no acepta la legitimidad de usos indiscriminados por la ley del criterio de la edad para «forzar» la salida del empleo, acotándolo a ciertos trabajos y condiciones (por ejemplo, STS 1029/2020, de 25 de noviembre, para las personas controladoras aéreas; Sentencia del TJUE –STJUE– de 7 de noviembre de 2019, asunto C-396/18, para pilotos), ni como criterio de selección en los procesos de reestructuración basado en el mayor capital de experiencia acumulada. Pero sí como criterio selectivo genérico por su cualidad de grupo especialmente vulnerable, cuya «discriminación» tiene un «precio».

¿Cuál? La contribución adicional a las arcas públicas para compensar los sobrecostes que supone, sobre todo en prestaciones por desempleo, la inclusión en la regulación extintiva de empleo de un número desproporcionado de personas de 50 años o más. ¿Un criterio de este tipo no podría ser contrario a la prohibición comunitaria de discriminación? Unos criterios de selección basados –directa o indirectamente– en la edad que, ante las limitaciones de contenido establecidas en la normativa comunitaria sobre despidos colectivos, difícilmente podrán ser cuestionados en el TJUE (aunque a otros efectos, la STJUE de 17 de marzo de 2021, asunto C-652/19, considera irrelevante, en el plano comunitario, la cuestión de los criterios selectivos, de ahí que prescinda de aplicar el art. 21 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

Aunque hay posiciones para todos los gustos, a favor y en contra, no es fácil una valoración global o balance de conjunto de este polémico modelo de protección promocional y monetarista del derecho al empleo de las personas de más edad. Ni hay una suficiente transparencia de los datos necesarios para ello ni, de los que disponemos, es posible salir de la ambivalencia indicada como rasgo del estado actual del arte interpretativo jurisprudencial. Demos dos datos para confirmar nuestra afirmación. Uno cuantitativo, monetario.

Conforme a los datos extraídos del último informe anual disponible del Servicio Público de Empleo Estatal –SEPE– (2019), se han reclamado a un total de 61 empresas aquellas aportaciones económicas, correspondientes a las prestaciones abonadas a 19.404 personas trabajadoras, por un valor de 560 millones de euros (más de la mitad corresponde a Telefónica). Solo se habrían recaudado 410 millones (70 %). En el listado aparecen desde la compañía por la que se bautizó esta penalización a las mal llamadas «prejubilaciones» hasta firmas en boga por la crisis sanitaria como la farmacéutica Pfizer. La lista precedente aumentó desde las 47 empresas de 2018 a las 61 de 2019, pasando de 391 millones (prestaciones de 11.377 trabajadores/as) hasta 560 (19.404 empleados/as). Y crece porque figuran 22 empresas más que todavía se hallan en diferentes fases del proceso de reclamación (Bankia, Orange, Seat, AstraZeneca, etc.). ¿Poca recaudación, mucha, razonable? Difícil de valorar porque el SEPE no desglosa las cantidades reclamadas y efectivamente abonadas. De hecho, el Consejo de

Transparencia y Buen Gobierno pidió al Ministerio de Trabajo que detalle cuánto ha pagado hasta ahora cada una de las grandes empresas que, desde el año 2011, han ejecutado despidos colectivos con afectación a mayores de 50 años. El SEPE sigue en silencio.

El otro dato, cualitativo y de favor –al menos aparente– hacia políticas de gestión de diversidad inclusiva, aunque con indudable lectura económica (de nuevo lógica monetaria), es la constatación de una difundida práctica en grandes empresas que introducen como un criterio de selección general para la regulación de empleo extintiva el que tengan menos de 50 años, esto es, excluyen de la «quema ocupacional» a las personas mayores de esa edad. Son muchos los ejemplos, aunque no hay una estadística fiable, claro.

Así, en primer plano, el despido colectivo conocido por la referida [STS 872/2017, de 14 de noviembre](#). Más mediático y reciente, el caso de El Corte Inglés. El coloso del comercio tradicional español justifica la exclusión de su plan de regulación de empleo de las personas empleadas mayores de 50 años porque ni es un proceso de rejuvenecimiento ni tampoco de desvinculación, sino de reducción (neta) de plantilla y reorganización para «[adecuar los recursos de la empresa a las necesidades actuales](#)». En cambio, el citado expediente de regulación de empleo (brutal) de CaixaBank exige reparto en la pirámide de edad, para no perder experiencia –criterio sin aval judicial–, «solo la mitad» de las «salidas voluntarias» serán de personas mayores de 50 años.

Aunque todas estas empresas siempre presentan el criterio de exclusión reestructuradora de las personas mayores de 50 años por razones de protección a colectivos con más dificultades de integración en el mercado laboral, la realidad es que buscan ahorrarse los costes que se derivan de la práctica contraria (y asumida por infinidad de empresas). De este modo, parece que no puede descartarse, en la práctica, un efecto disuasorio real de este modelo monetarista, si bien insuficiente para contener el mayor efecto excluyente en las personas trabajadoras de mayor edad. De ahí que proponga su revisión. Pero, al margen de ello, un juicio valorativo, atendiendo a la protección real frente a la discriminación (directa o indirecta) por razón de edad, debe evidenciar una gran paradoja, sino contradicción: ¿la ley justifica un efecto discriminatorio solo por la existencia de compensaciones económicas, para el Estado y para las personas de más edad?

Aunque todas estas empresas siempre presentan el criterio de exclusión reestructuradora de las personas mayores de 50 años por razones de protección a colectivos con más dificultades, la realidad es que buscan ahorrarse los costes que se derivan de la práctica contraria

4. ¿La modernidad tecnológica se escribe en términos de loa a «lo nuevo» y desprecio de «lo viejo»? Por supuesto, no todo vale (o no debiera valer) en pro de la rentabilidad mercantilista del trabajo, reduciéndolo a pura «cosa productiva», lo que denigra la condición humana ([STC 192/2003, de 27 de octubre](#)). En este sentido, reconfortan sentencias

como la del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid 323/2020, de 18 de noviembre, en la que se hace un fuerte reproche a la política de Huawei Technologies España, SL, cuyos procesos de reestructuración se basan en una discriminación sistémica a las personas de más edad. Su filosofía: lo «viejo vale menos».

En ella se declaran nulos 5 de los 6 despidos objetivos por discriminatorios por razón de edad (más de 50 años). Y, además, como medida disuasoria, se fija una indemnización de daños morales (20.000 € para cada persona despedida). Aunque en las cartas de despido se dan razones de reestructuración organizativa del departamento en el que cada una presta servicios, lo cierto es que, mediante la prueba estadística, se acredita que, en los 3 últimos años, se ha despedido a un número de personas trabajadoras de más de 50 años en proporción muy superior a la que representan en el volumen global de plantilla; lo contrario con las de menos edad.

Es interesante reseñar que tal información no solo proviene de la memoria económica aportada en el proceso, sino también de las cuentas anuales de la empresa que, en aplicación de lo previsto en el [artículo 49.6.II Código de Comercio](#), para detallar la composición de la plantilla y los despidos atendiendo a la edad, establecen los 50 años como fecha relevante para ello. Vemos, pues, una utilidad práctica derivada de las obligaciones de transparencia no financiera. Además, se constata que no es una situación aleatoria, sino una decisión estratégica basada en las virtudes productivistas del relevo generacional, eliminando a la plantilla de más edad (50-60 años).

Sin poder entrar aquí en más profundidades, pese al interés de la decisión, merece reseñarse la instrumentación de la condena indemnizatoria al servicio de un efecto real de desincentivo o disuasorio de estas darwinistas políticas de reestructuración de empresa, que no solo no integra la diversidad etaria, sino que lisamente la elimina. Así, le reprocha con dureza –pero con toda la razón– identificar «lo viejo» con lo que «no vale»:

Se aprecia una visión de las relaciones de trabajo [...] de inspiración militar en la búsqueda de la excelencia y el liderazgo y el apartamiento y eliminación de los mediocres. Tan descarnada filosofía empresarial, cuyo objetivo es la maximización del beneficio económico y del poder social del empresario, no encaja con muchos de los valores de esta vieja Europa en que vivimos en la que la dignidad de las personas constituye la pieza básica de nuestro ordenamiento jurídico, art. 2 TUE y art. 10.1 CE (FJ 9.º).

En suma, queda claro que estas multinacionales, típicas de un modelo de crecimiento puramente mercantilista, típicamente asiático, opuesto en su raíz al comunitario, no creen en un modelo de transformación inclusivo de la diversidad (aquí etaria), sino, lamentablemente, en todo lo contrario: lo más digital posible, aunque

Las competencias de innovación se descartan de raíz en las personas de mayor edad y se presumen en las de menor edad –más fácil explotación laboral–

agranden las brechas sociodemográficas de las empresas y los mercados de trabajo. Las competencias de innovación se descartan de raíz en las personas de mayor edad y se presumen en las de menor edad –más fácil explotación laboral–.

5. Las estrategias a favor del empleo de las personas con discapacidad se renuevan, pero su empleo real disminuye: el ejemplo de las instituciones brilla por su ausencia.

Las fortísimas tensiones entre el discurso normativo, así como el institucional, a favor de la gestión inclusiva de la diversidad (biopsicosocial y sociodemográfica, así como cultural), y la más dura realidad de la inequidad y las discriminaciones sistémicas se dan también en relación con las personas con discapacidad. Como siempre, miremos el dato estadístico.

El Instituto Nacional de Estadística (INE) publica anualmente las cifras de empleo de las personas con discapacidad ([Encuesta EPD](#)). El 34 % de las personas con discapacidad oficialmente reconocidas como tales eran activas, 0,5 puntos menos que en 2018. Esta tasa de actividad es 43,7 puntos inferior a la de la población sin discapacidad. La tasa de paro para el colectivo fue del 23,9 %, con un descenso de 1,3 puntos respecto a 2018. Esta tasa era 10 puntos superior a la de la población sin discapacidad. La tasa de empleo de las personas con discapacidad fue del 25,9 % (66,9 % para las personas sin discapacidad), con un aumento de 0,1 puntos respecto a 2018. El 89,5 % de las personas ocupadas eran asalariadas y, de estas, el 73,1 % tenían contrato indefinido.

La Comisión Europea, al promover la citada nueva estrategia a favor de la integración en igualdad de las personas con discapacidad (2021-2030), es consciente de que debe «predecir con el ejemplo», pues asume en el plano del discurso que «la diversidad inclusiva fortalece a las organizaciones». Por lo tanto (objetivo 25), anima, también a sí misma, a «hacer de la selección, la contratación, el empleo y el mantenimiento del empleo unos procesos inclusivos en materia de discapacidad». Su «Oficina de Diversidad e Inclusión» supervisará el desarrollo y la ejecución de las acciones pertinentes y contribuirá a mejorar la diversidad, la igualdad y la inclusión en todos los departamentos de la Comisión. El principio general de mérito debe ser compatible con el no menos general de promoción de una diversidad inclusiva real (enfoque proactivo), a fin de corregir los estereotipos, prejuicios y obstáculos reales que perpetúan su discriminación.

Una vez más, nada como el ejemplo que nos ofrece la reciente experiencia judicial para evidenciar qué lejos está esta visión –positiva– institucional de la realidad. Además de que es sabido que los «cupos» de empleo –público y privado– están muy lejos de cumplirse, la [STC de 15 de marzo de 2021 \(rec. de amparo 2950/2018\)](#) nos ha desvelado también el desinterés de las Administraciones públicas,

La STC de 15 de marzo de 2021 nos ha desvelado el desinterés de las Administraciones públicas, incluida la de Justicia, por una política de ajustes razonables que facilite accesos y permanencias en el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad

incluida la de Justicia, por una política de ajustes razonables de los puestos de trabajo que facilite accesos y permanencias en el empleo de las personas trabajadoras con discapacidad. Al contrario, la incomprensión es alarmante, más con las personas con problemas de salud mental.

En el caso se trataba de un letrado de la Administración de Justicia con «síndrome de Asperger» que era sancionado por el Consejo General del Poder Judicial al considerar que incumplía sistemáticamente su tarea profesional, pese a que el letrado había solicitado ajustes razonables de su puesto a su situación médica. Precisamente, el referido informe del INE evidencia que las personas con discapacidad asociada a la salud mental tienen un mayor índice de paro que las personas con discapacidad física, por lo que [sus problemas de prejuicios y discriminaciones se agravan](#). No será ajeno el TC a esta situación estadístico-social y ayudará a reforzar su razonamiento a favor del amparo constitucional, que le otorgará.

6. Se invierten los papeles: ¿el TC, «héroe social» para las personas con discapacidad mental, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), «villano social» con las mujeres con enfermedades equivalentes? El TC, de forma pionera, aplicando la doctrina fijada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su [Observación general número 6, de 26 de abril de 2018, sobre la igualdad y la no discriminación \(CRPD/C/GC/6\)](#), garantiza la obligación de ajustes razonables como contenido esencial del derecho a la no discriminación en el trabajo de las personas con discapacidad. Justamente, la finalidad de esta observación general es aclarar las obligaciones de los Estados en virtud del artículo 5 de la [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#), ante la convicción de que, en el plano real, las leyes y las políticas nacionales siguen sin corregir, más bien perpetúan (por sus deficiencias), los prejuicios y los estigmas para con las personas con discapacidad.

El TC y el órgano de garantías internacional son conscientes del contraste entre la visión normativa de prohibición de la discriminación por discapacidad (art. 2 [Convención de la Organización de Naciones Unidas](#); art. 14 [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) –[Sentencia del TEDH de 30 de enero de 2018, asunto Enver Şahin v. Turquía](#)–; art. 5 en relación con el art. 2.2 b) [Directiva 2000/78/CE](#) –[STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto C-397/18, FJ 75.º](#)–)

y la realidad. De ahí que reivindiquen una protección reforzada, incluso si se cumplen los criterios objetivos atendidos para adoptar medidas desfavorables –despidos, sanciones–. La apariencia de neutralidad debe corregirse con un análisis detenido del impacto de la situación de discapacidad, incluidos los ajustes razonables para corregirla.

El TC y el órgano de garantías internacional son conscientes del contraste entre la visión normativa de prohibición de la discriminación por discapacidad y la realidad. De ahí que reivindiquen una protección reforzada

Si con carácter general –para el empleo privado– tal obligación se prevé en los artículos 35, 40.2 y 63 de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en el ámbito del empleo público, el artículo 59.2 del Estatuto Básico del Empleado Público contiene la obligación de cada Administración pública de adoptar «las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, [...] a las necesidades de las personas con discapacidad».

El TC aclara que la respuesta de la empresa debe ser expresa y motivada, sobre todo si se deniegan los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho. El TC enfatiza esta obligación de ajustes razonables para las personas con discapacidad mental (causas psíquicas, intelectuales o cognitivas), al tratarse de formas de discapacidad rodeadas de estereotipos de los que deriva un plus de vulnerabilidad, levantando barreras adicionales *de facto*. No puede ser más oportuna esta doctrina constitucional, pues tercia en otro tema de gran actualidad político-social, como es el debate abierto respecto de la –poca protección de la– salud mental en España. El TC recuerda que para abordar estas barreras adicionales:

[...] la Recomendación sobre la política integrada de salud mental, competencias y empleo adoptada por el Consejo de la OCDE el 14 de diciembre de 2015, a la que se ha adherido España, plantea la necesidad de que las autoridades tomen medidas para hacer frente a esta realidad (FJ 4.º, párr. penúltimo).

Por lo tanto, exige un especial deber de diligencia empresarial a la hora de gestionar sus decisiones para no provocar un efecto excluyente indebido. La obligación de realizar dichos ajustes no se limita a los casos en los que se soliciten formalmente por la persona trabajadora afectada de discapacidad, sino que bastará con que sea conocida tal situación por la empresa.

De nuevo, el TC acude a la Observación general número 6, de 26 de abril de 2018, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como criterio de autoridad interpretativa determinante (CRPD/C/GC/6, párr. 24 *in fine*; conclusiones de la abogada general en el asunto C-270/16, Ruiz Conejero, puntos 39 y 41). En suma, con esta doctrina constitucional,

el TC exhibe una concepción multinivel internacional y progresista de la protección frente a la discriminación real de las personas con discapacidad en general, y mental en particular, con lo que parece salir al paso de la extendida acusación de políticas jurisdiccionales «regresivas» en esta materia, muy encerradas en un «rancio patriotismo normativo nacional», insensible a la doctrina avanzada de los tribunales europeos, comunitario y de derechos humanos.

El TC exhibe una concepción multinivel internacional y progresista de la protección frente a la discriminación real de las personas con discapacidad

El ejemplo más típico sería el de la –muy polémica, incluso internamente– [STC 118/2019, de 16 de octubre](#), que avaló el despido por absentismo. Precisamente, esta sentencia sería el detonante de su [derogación](#).

Paradojas de la vida, o caprichos de la historia jurídica, también evidencias de que todos debemos ser más «prudentes» o ponderados en nuestros juicios críticos, para no confundir lo que queremos que sea el derecho con lo que es de verdad, como derecho vivo y plural, incierto en su palabra legal, pero también jurisprudencial, la actualidad ha querido hacer coincidir este fallo con otro del TEDH en el que parece observarse una visión más liberal, o menos garantista. En su [Decisión de 8 de abril de 2021, demanda 25284/16 \(Raventós Martínez v. Spain\)](#), el TEDH –como el TC y el TS españoles– avala la eficacia de un despido por absentismo laboral de una trabajadora (de ayuda a domicilio) que, despedida por sus ausencias, alegó que se debían a migrañas crónicas y, en consecuencia, a una enfermedad equivalente a la discapacidad. Si la sentencia de instancia le dio la razón, estableciendo la nulidad del despido, la sala de suplicación la revocó, entendiendo que el despido era procedente, porque no hubo razón alguna de discriminación, sino aplicación estricta de los criterios legales (estuvo ausente más del 38 % de su jornada en 2 meses consecutivos –15 días en el caso– y más del 14 % en términos anuales). Además, la empresa no conocía la situación de eventual discapacidad, porque nunca se solicitó, ni el tribunal está obligado a indagar tal estado, siendo claro que se había producido un elevado periodo de ausencias no justificadas. El TC inadmitió en este caso el recurso de amparo, por entender que no había vulneración de derecho fundamental alguno. Ahora, el TEDH confirma que fue correcta su doctrina.

Paradojas de la vida, el TEDH, en su [Decisión de 8 de abril de 2021, demanda 25284/16 \(Raventós Martínez v. Spain\)](#), avala –como el TC y el TS españoles– la eficacia de un despido por absentismo laboral de una trabajadora

7. Políticas de mercado de trabajo inclusivas más tomadas en serio jurídicamente, menos programáticas. Una y otra vez nos encontramos con la misma tensión o conflicto: mientras que en el plano de los discursos solemnes y los marcos promocionales se hace una defensa muy seria de las políticas de mercado de trabajo inclusivas, por razón de la edad, de la discapacidad, hasta del género (si bien en este ámbito suele haber mayor coercibilidad), exhibiendo un modelo de responsabilidad social corporativa ([Boldó Roda, 2021](#)), la realidad evidencia que las leyes y las políticas al respecto siguen siendo, sobre todo respecto de la edad y la discapacidad, ineficaces para llevar a la realidad, a la práctica de la gestión diaria del trabajo, ese enfoque de diversidad inclusiva ([Monereo Pérez, 2019](#)). Con demasiada frecuencia se repite cíclicamente la renovación de las estrategias y medidas para acabar con esos desajustes, incluso se utilizan idénticas o muy parecidas palabras, pero los instrumentos normativos y las garantías de efectividad adolecen una y otra vez de la debida «seriedad jurídica», lo que los hace tan recurrentes como poco fiables. [Muchas expectativas](#), pocas realidades (mucho música agradable al oído, nueces pocas).

Como la experiencia diaria nos enseña, acabar con estas discriminaciones sistémicas no resulta nada fácil, porque están muy arraigadas en los prejuicios y prácticas sociales, más en lo laboral. Piénsese en la reciente [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de abril de 2021 \(rec. 160/2020\)](#), en la que se declara nulo el despido de un empleado el mismo día que sufrió un accidente laboral, tras haberlo visitado en el hospital y comprobar que, «aparentemente», sus lesiones no se curarían a corto plazo (discriminación por apariencia de enfermedad equivalente a la discapacidad). Lejos queda no solo el modelo inclusivo, sino mínimamente humano, de relaciones laborales.

La reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de abril de 2021 (rec. 160/2020) declara nulo el despido de un empleado el mismo día que sufrió un accidente laboral (discriminación por apariencia de enfermedad equivalente a la discapacidad). Lejos queda no solo el modelo inclusivo, sino mínimamente humano, de relaciones laborales

¿Ha llegado ya el tiempo definitivo de cambiar de rumbo, más cultural y experiencial que normativo, pues existen leyes por doquier en el sistema multinivel moderno? El Gobierno presenta los fondos de la recuperación como esa gran oportunidad, ese tiempo de la verdad digital, verde e inclusiva socialmente. La historia enseña que, a más grandilocuente es el discurso, mayor es la frustración posterior. Los grandísimos proyectos suelen beneficiar a una faceta o dos de las tres –normalmente lo digital, el desarrollo tecnológico y los beneficios económicos que derivan, para quienes lo capitalizan–, en detrimento de las otras, lo sostenible (verde) y, desde luego, lo inclusivo (social). Baste pensar que la gran apuesta que ahora se hace por el sector del automóvil y su electrificación, así como por la construcción de nuevo cuño, dedicada a la mejora de eficiencia energética (construcción-rehabilitación), supone, en última instancia, seguir desarrollando sectores industriales clásicos, en los que, sobre todo el del automóvil, la mejora de la competitividad se ha identificado con el reconocimiento de mayores posibilidades de jubilación parcial y anticipada.

Cierto que, al menos en estos casos, la jubilación parcial va acompañada de contratos de relevo ([RDL 20/2018, de 7 de diciembre](#)). Pero no menos verdad es que, en todo caso, la competitividad se hace bascular siempre sobre la progresiva desaparición de las empresas de «las canas», para sustituirlas por «savia joven», con lo que, en cierto modo, la ley, y el sistema público de pensiones, ayuda a perpetuar prejuicios sociales, y de mercado, que la realidad no siempre avala. Como evidencian los fragmentos de derecho vivo, real, las sentencias referidas, queda mucho trecho entre las recomendaciones (lo debido-querido) y lo real (lo sufrido).

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). «Next Generation EU» y políticas de mercado de trabajo inclusivo: transiciones (espinosas) desde las discriminaciones (sistémicas por edad y discapacidad) a la integración (en igualdad). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 458, 5-18.