

LA COMPLEJA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES

THE COMPLEX MANAGEMENT OF DIVERSITY IN LABOUR RELATIONS

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Director de Temas Laborales

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-1275-5289

RESUMEN

Palabras clave: diversidad laboral, tutela antidiscriminatoria, acción positiva, gestión laboral transversal.

A partir de un modelo social de intensa uniformidad, que se extiende al mundo del trabajo, a lo largo de las últimas décadas hemos experimentado un proceso de intensa transformación de nuestra sociedad y de la población ocupada, hoy en día presidida por la diversidad, perceptible desde muy diversos aspectos: género, inmigración, creencias religiosas, identidad cultural, pautas de vida, costumbres, discapacidad, enfermedad, condición de salud, drogodependencias, edad, orientación sexual, etc. Al mismo tiempo, los cambios empresariales provocan efectos acentuados de diversidad por las formas de incorporación al mercado de trabajo: autónomos, temporales, trabajo parcial, teletrabajo, trabajo por objetivos, trabajo en contratas, empresas de trabajo temporal, etc. Todo ello determina un escenario especialmente complejo de gestión de las relaciones laborales. La primera respuesta es la extensión de la tutela antidiscriminatoria, pero esta se presenta hoy en día parcial e insuficiente. Indiscutiblemente las medidas de acción positiva emergen como imprescindible. Pero, sobre todo, se trata de una nueva forma de gestionar a las relaciones laborales que presenta una perspectiva transversal.

ABSTRACT

Keywords: *Workplace diversity, anti-discrimination protection, affirmative action, cross-cutting labour management*

Starting from a social model of intense uniformity, which extends to the world of work, over the last few decades we have experienced a process of profound transformation in our society and the working population, now characterized by diversity perceptible in many aspects: gender, immigration, religious beliefs, cultural identity, lifestyles, customs, disability, illness, health status, substance abuse, age, sexual orientation, and so on. At the same time, changes in business practices have led to heightened diversity due to the various ways people enter the labour market: self-employment, temporary work, part-time work, teleworking, work by objectives, outsourcing work, temporary employment agencies, etc. All of this creates a particularly complex scenario for managing labour relations. The initial response is the expansion of anti-discrimination protections, but these are currently partial and insufficient. Undoubtedly, affirmative action measures are emerging as essential. But above all, it is a matter of a new way of managing labour relations that presents a cross-cutting perspective.

ÍNDICE

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA UNIFORMIDAD
2. LA SUPERACIÓN DEL MODELO CLÁSICO: LA PROGRESIVA GENERALIZACIÓN DE UN MODELO DE DIVERSIDAD LABORAL Y EMPRESARIAL
- 3.- LA RESPUESTA INICIAL, PLURAL E INSUFICIENTE: LA PROHIBICIÓN DE CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS
4. LA EMERGENCIA DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA
5. NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD LABORAL

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA UNIFORMIDAD

Durante muchas décadas la sociedad española se presentaba sociológicamente como intensamente unitaria en su conformación y, por efecto derivado, en el ámbito de lo laboral el perfil de los trabajadores resultaba igualmente uniforme. Desde los más diversos aspectos (género, nacionalidad, creencias religiosas, identidad cultural, pautas de vida, incluso hasta cierto punto niveles formativos, etc.), lo que repercutía de manera directa en una correlativa tendencia al establecimiento de un régimen de condiciones de empleo y de trabajo bastante simplificado, en la medida que respondía a unas mismas necesidades por parte de los trabajadores y, por tanto, desembocaba en un modelo laboral común, sin mayores especialidades, para el conjunto de la población asalariada.

Más aún, esa realidad bastante simplificada se observaba igualmente en los sistemas de producción de bienes y de prestación de servicios, de modo que igualmente desde la perspectiva empresarial se primaba un modelo en lo sustancial homogéneo para el conjunto de los sectores productivos, actividades profesionales y plantilla de trabajadores dentro de cada empresa.

Como colofón de todo lo anterior, la principal dualidad que se conforma desde los orígenes de la revolución industrial dentro del mercado de trabajo y, por derivación, de respuesta legislativa se situaba exclusivamente en la dualidad tradicional entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. Lo relevante a los efectos que estamos analizando en estos momentos es que esa dualidad no tenía mayor impacto sobre la homogeneidad laboral que venimos señalando y la respuesta legal que se le daba a la misma. De un lado, la frontera entre ambas formas de inserción en el mercado de trabajo resultaba tan nítida y diferenciadas ambas realidades, que la una vivía a la espalda de la otra. En concreto, el Derecho del Trabajo se centraba exclusivamente en el trabajo subordinado, con olvido de la existencia del trabajo autónomo, que ni le interesaba ni le impactaba, quedando esta otra forma de trabajo al tradicional juego de la autonomía contractual civil. De otro lado, la situación del trabajo autónomo se presentaba del mismo modo como esencialmente uniforme en su perfil, sin apenas impacto o, cuando menos, sin apenas toma en consideración por parte de los poderes públicos de la posible

existencia de situaciones de desequilibrio contractual de los autónomos, que requiriesen actuaciones legislativas de tutela asimilables a las propias del trabajo asalariado. En fin, aunque en sede teórica se pudiera discutir la identificación de los rasgos jurídicos caracterizadores del trabajo sometido a la legislación laboral, por contraste con los excluidos de la misma, se trataba de un debate más de carácter dogmático, que sólo daba respuesta a situaciones particularmente marginales de zonas grises entre unos y otros y que, ante todo, servía para comprender y modular las especialidades propias del ordenamiento laboral frente a la legislación civil.

2. LA SUPERACIÓN DEL MODELO CLÁSICO: LA PROGRESIVA GENERALIZACIÓN DE UN MODELO DE DIVERSIDAD LABORAL Y EMPRESARIAL

El precedente modelo unitario, dominante durante bastante tiempo, culminante durante las décadas del desarrollo industrial posteriores a la segunda guerra mundial, se ve cualitativamente alterada, pasándose a un modelo social y, por tanto, también laboral presidido por la diversidad. Esa ruptura del modelo unitario clásico, pasando a una realidad mucho más compleja, presidida por la diversidad generalizada y de impacto transversal, se produce temporalmente bastante antes en el resto de Europa, por cuanto que en España se retrasa algún tiempo en llegar. Hasta que nuestro país no experimenta, a partir de la implantación del modelo democrático general, nuestra sociedad y nuestra economía se abre al exterior, y, en particular, la transición a un nuevo modelo de relaciones laborales igualmente democrático no se produce esa transformación en términos similares a lo que sucede en el resto de Europa desde unas décadas antes. Ese nuevo escenario provoca una amplia apertura, no sólo de fronteras, sino de actitudes sociales y culturales, sin olvidar los cambios en las estructuras empresariales y la repercusión que provoca todo ello sobre el mercado de trabajo.

En todo caso, una vez que se inicia ese proceso de ruptura del modelo unitario en España, con predominio notable de la diversidad, todo ello se realiza de manera acelerada, en un lapso temporal ciertamente corto y con mayor intensidad si cabe de lo que sucede en el resto de los países de nuestro entorno.

Eso sí, a pesar de tratarse de una realidad social, laboral y empresarial profundamente arraigada desde hace ya tiempo, conformando un modelo adecuadamente estructurado, que incluso puede afirmarse que resulta, en términos generales, bastante aceptado sin grandes fricciones hasta el momento presente por el conjunto de la población, sin embargo, la adaptación del modelo legal, en concreto del modelo normativo laboral, se percibe claramente más lento. Más aún, frente a los grandes desafíos que se le presentan a las empresas en esa gestión más compleja de las relaciones laborales en su seno, la respuesta legal

resulta insuficiente y retardada. Se trata de cambios trascendentales, de carácter amplio y diverso en su impacto, de carácter cualitativo en el desarrollo de las relaciones laborales, que necesariamente requieren de las correspondientes adaptaciones legales del ordenamiento laboral y, sobre todo, de pautas de actuación en la gestión empresarial de los recursos humanos, por cuanto que el modelo construido desde hace ya bastantes décadas atendía a una conformación del mercado de trabajo marcadamente uniforme, que hoy en día ha desaparecido por completo.

Por sólo citar, los aspectos más significativos a través de los cuales se materializa el actual panorama de la diversidad laboral, y sin poder efectuar una relación exhaustiva, aunque se trata de realidades suficientemente conocidas, destacaría en particular las siguientes.

Ante todo, obligado resulta destacar la intensa y consolidada incorporación plena de la mujer en el trabajo, con expectativa de ubicarse en todo tipo de actividades profesionales y de responsabilidades laborales. Baste a tal efecto con indicar que en estos momentos el total de mujeres ocupadas es de 10,4 millones, lo que viene a representar el 46,5 % del total de ocupados, cuando en 2002 era de 6,4 millones, representando entonces sólo el 38 % del total de ocupados. No se trata de un fenómeno meramente cuantitativo en la conformación del mercado de trabajo, sino que repercute notablemente sobre el perfil del conjunto de los trabajadores, no sólo de las mujeres, sino también como efecto reflejo de los hombres, a la vista de que se trata de interacciones que se desarrollan para el conjunto de la población asalariada. El asunto deja de ser ya la conciliación de la vida laboral con las responsabilidades familiares, sino de manera más amplia la corresponsabilidad entre personas con responsabilidades familiares y las relaciones laborales, incluido el efecto reflejo que ello tiene sobre los trabajadores sin responsabilidades familiares. No puede desconocerse que el proceso de intensa incorporación de la mujer al mercado de trabajo discurre en paralelo a transformaciones de la estructura familiar que, a su vez, condiciona el funcionamiento de las relaciones laborales.

De similar trascendencia debe mencionarse el fuerte proceso de inmigración que se ha verificado en los últimos años, a partir de una situación en la que a la inversa los españoles emigraban fuera, en tanto que la única movilidad que se producía en el mercado de trabajo nacional lo era de desplazamientos internos de la población, bien lo fueran desde el medio rural al urbano, o bien se tratase desde los territorios menos desarrollados económicamente hacia los más desarrollados. Esos desplazamientos internos se verificaban sobre una premisa del mantenimiento de la uniformidad de la población, cuando menos si se valoraba comparativamente con los profundos cambios que suponen el fuerte asentamiento de población extranjera en el conjunto del territorio nacional, si bien lo

sea especialmente intenso en determinadas zonas. Para ponderar la trascendencia del cambio baste con tener en cuenta que a principios de siglo la cifra total de población extranjera era inferior al millón de personas, cuando a principios de 2024 supera los 6,4 millones; expresado en términos de porcentaje, los extranjeros han pasado de representar hace apenas 15 años el 1,6 % de la población total, a suponer el 11,68 % en el momento actual. Cifra que resulta sensiblemente superior si la referimos a personas en su origen extranjera por su lugar de nacimiento, pero que, residiendo de manera continuada y prolongada aquí, han obtenido la nacionalidad española por el paso del tiempo y por arraigo; así, por ejemplo, si a la cifra anterior le sumamos quienes gozan de doble nacionalidad, nos situaríamos en un total de 8,3 millones. Lo más relevante a los efectos que estamos valorando es que, de nuevo, no se trata de un mero cambio cuantitativo en la composición de nuestro mercado de trabajo, sino que ello repercute en multitud de factores sociales y culturales que impactan directamente sobre la gestión del empleo y las condiciones de trabajo.

Junto a los dos factores anteriores de mayor envergadura cuantitativa, progresivamente van apareciendo una larga lista de situaciones personales, que pueden afectar a grupos minoritarios en el conjunto del mercado de trabajo, pero que por ello no pueden dejar de ser tomados en consideración. Debe necesariamente ser tomados en consideración la realidad de múltiples grupos, minoritarios en su perspectiva cuantitativa, pero que para la situación particular de cada uno de ellos se presenta como de fuerte trascendencia y que, como tales, son muestra de la notable diversidad de nuestra sociedad y, por tanto, del modo, como se enfrentan a dificultades superiores en su inserción en el mercado de trabajo.

Dentro de estos grupos minoritarios ha de mencionarse en primer lugar a los trabajadores discapacitados. Aunque se trata de una realidad ampliamente conocida y tratada desde tiempo atrás, me interesa sobre todo poner el acento en el cambio de perspectiva que se detecta en los últimos tiempos. Me refiero sobre todo al hecho de que, ante una situación de pérdida sobrevenida de capacidades laborales sobrevenida, la respuesta principal, cuando no la exclusiva, era la de su tratamiento desde la perspectiva de la Seguridad Social, no de mirada desde lo laboral: declararlo en situación de incapacidad permanente con reconocimiento de la correspondiente pensión pública, que provocaba su expulsión del mercado de trabajo. Tratamiento similar se producía respecto de la discapacidad originaria de una persona que no llegaba a incorporarse en ningún momento al mercado de trabajo. Ahora, a partir de la constatación de que múltiples discapacidades no abocan necesariamente a la exclusión de la realización de trabajos retribuidos, se favorece su compatibilidad con la inserción laboral. Eso sí, su diversidad funcional constituye siempre uno de los mayores hándicaps para su plena incorporación al trabajo, por las diferencias productivas que pueden presentarse o bien

por los mayores costes de adaptación de las condiciones de trabajo requeridas a las empresas, su diversidad de posición no sólo se manifiesta en mayores dificultades para ser contratados, sino exigencias de diversidad de tratamiento durante la vigencia de la relación laboral.

De intensidad diferente, pero en una relación próxima, se encuentra el tratamiento de las situaciones de enfermedad, que provocan o no declaraciones de incapacidad temporal. El incremento muy notable de las bajas por enfermedad encuentra raíces muy diferentes, pero en todo caso requiere analizar en qué medida las formas de organización del trabajo y los ritmos de trabajo provocan o acentúan cierto tipo de enfermedades, entre ellas el importante incremento de las bajas derivadas de enfermedades mentales.

Con cierta conexión con la discapacidad, sin llegar a ser propiamente una situación de discapacidad, cada vez más intensa se presenta la situación de pérdida de actualización de conocimientos y sobre todo de vitalidad física para la realización de cierto tipo de tareas por parte de los trabajadores de edad avanzada. Una vez más no sólo se trata de superiores dificultades de reincorporación al trabajo tras una pérdida de empleo por los motivos que sean de estos trabajadores de edad avanzada, sino la tendencia a la postergación más o menos oculta que se produce con ellos, con resultados claros de agravios comparativos, cuando no de directa política en las empresas de invitación a abandonarlas. Cuando desde esferas externas, comenzando por la Seguridad Social, se favorece la prolongación permanencia en el trabajo, con demora en el acceso a la pensión de jubilación, o bien cuando se proponen fórmulas de transición flexible y parcial entre la vida activa y la jubilación, el segmento de la diversidad por razón de la edad se amplía, en términos tales que esta nueva diversidad requiere de respuestas adecuadas que van más allá de la protección de la estabilidad en el empleo.

En el contrapunto de lo anterior, afloran las situaciones de carencias formativas o de experiencia profesional práctica por parte de los jóvenes que, en su primera fase de incorporación al trabajo remunerado, requieren de ser atendidos en clave de diversidad, sin que sean adecuados las medidas tradicionales contempladas al efecto. No se trata ya sólo de las reglas tradicionales de tratamiento más favorables a efectos de ciertas condiciones (trabajo nocturno, trabajos penosos o peligrosos, jornada ordinaria de trabajo horas extraordinarias, descanso en jornada continua), sino de la perspectiva de la transición desde la formación reglada hacia el trabajo plenamente productivo. La diversidad derivada de la falta de experiencia constituye una nota más acentuada hoy en día que en el pasado.

Las personas afectadas por situaciones de drogodependencia y de otras adiciones es una realidad tradicionalmente ocultada en el ámbito de la empresa, que se ha considerado un problema ajeno a las relaciones laborales y que, por

tanto, debe ser afrontado por las instituciones públicas que atienden a este tipo de personas. Por ello, las empresas se han desentendido de estas situaciones, a lo más tratadas en términos reactivos de prescindir de ellas. Sin embargo, estas adiciones son muy diversas y no puede olvidarse que en muchas ocasiones encuentran su causa en situaciones de conflictividad en el seno de la empresa, o bien que se intensifica su gravedad en un ambiente laboral no saludable desde el punto de vista de las relaciones sociales que se desarrollan en su seno. A estos efectos, también las empresas asumen cierta responsabilidad de resultados o, cuando menos, tienen en su mano facilitar la reinserción social de tales personas. Un modelo de gestión de la diversidad resulta igualmente clave a estos efectos.

La diversidad de creencias religiosas igualmente parte de una situación inicial de plena unidad, a parte de un Estado declarado oficialmente como católico, que experimenta una notable transformación a partir de la transición democrática, con un modelo constitucional basado en la plena libertad religiosa y de culto, consagrada tal libertad como derecho fundamental y libertad pública. Desde el punto de vista de lo concreto, dos factores principales son los que provocan la diversidad religiosa, que basta simplemente apuntar sin entrar en mayores detalles. De un lado, los flujos migratorios de territorios donde no predomina la religión católica, donde sobre todo emergen las religiones en torno al islam y a las diferentes variedades de protestantismo o religión ortodoxa, sin perjuicio de que estén presentes otra amplitud de minorías de creencias religiosas. La clave de la diversidad en este punto se sitúa en el hecho de que este tipo de creencias religiosas, como igualmente sucede con la católica, no solo se dirigen a los comportamientos privados del creyente, sino que hay voluntad de difusión pública de creencias, incluso de cierto proselitismo. En problema es que a veces la población católica más tradicional confunde sus prácticas religiosas como meras costumbres sociales, con voluntad de imponerlas a los demás. De otro lado, la pluralidad religiosa se manifiesta también en el proceso notable de secularización de las personas, que en ocasiones manifiestan actitudes refractarias a que las costumbres religiosas y exposiciones públicas de las creencias se expongan en locales públicos, especialmente en los centros de trabajo. En todo caso, sea manifieste como se manifieste, la gestión de la diversidad religiosa puede presentarse en ocasiones como un elemento importante en las relaciones laborales, que condiciona de forma significativa la gestión de los recursos humanos en el seno de las empresas.

Asimismo, sin agotar la relación de grupos minoritarios expresión de la diversidad laboral imperante, la expansión de las diversas opciones de orientación sexual, con la aparición de variados grupos y colectivos, da lugar a que la presencia de personas LGTBI se presente como un nuevo elemento de diversidad en las relaciones laborales. Por muy abierta que pueda ser nuestra sociedad, no

dejan de estar presente estereotipos sociales de rechazo, cuando no directamente de marginación o de exclusión. No se trata exclusivamente de una libre opción de carácter personal, sino también del reconocimiento de derechos y, en particular, de derechos que se manifiestan en términos de expresión de la propia imagen y al libre comportamiento social sin condicionantes por una pretendida necesidad de uniformidad neutral en el seno de las empresas.

Junto a todo lo anterior, que toma como referencia la fragmentación en grupos e intereses sociales, debe tenerse presente igualmente que los procesos de cambios en la actividad económica y sobre todo en la organización de la producción de bienes y de prestación de servicios, provoca en términos bastante decisivos la conformación de una amplia tipología de trabajadores autónomos vulnerables. Se trata de situaciones muy variadas las que provocan esa situación de vulnerabilidad, pero que en todo caso tienen como elemento común una debilidad contractual del trabajador autónomo, que progresivamente pierde la capacidad de negociar en plano de igualdad sus condiciones de empleo y de trabajo. Se trata de una situación de desequilibrio contractual que manifiesta en muchas ocasiones una situación de precariedad comparativa respecto de los trabajadores asalariados, en términos tales que soportan jornadas laborales muy superiores, retribuciones más reducidas, garantía de seguridad en el trabajo menores, niveles más bajos de cualificación profesional, capacidad más limitada de defensa colectiva de sus intereses, etc. El grueso de esta realidad se extiende a resultados de la generalización por parte de las empresas de las formas intensas de descentralización productiva, donde los trabajadores se integran, en régimen de ajenidad en el mercado, pero de autonomía jurídica, en un entramado empresarial de mayores dimensiones, que se convierte en su principal empresa cliente, cuando no en la única. Manteniéndose en el ámbito jurídico real del trabajo autónomo, el Derecho del Trabajo no debe desentenderse de ellos, tanto porque responden también a una lógica de desequilibrio contractual digno de tutela como porque su presencia impacta de manera refleja sobre el trabajo asalariado, mostrando influencias mutuas propias de un mercado de trabajo lleno de vasos comunicantes.

Paralelo a ello se producen otros cambios en el funcionamiento de las empresas que provocan nuevas formas de trabajo, que provocan las correspondientes respuestas institucionales, o bien incremento notable de otras formas de trabajo más tradicionales, que en los mismos términos desencadenan diversidad en las plantillas, con las correspondientes fricciones, desconocidas en el pasado. Así, va apareciendo una amplia variedad de modalidades contractuales, entendido el término no en su sentido técnico sino de modo amplio: temporales versus indefinidos, a tiempo parcial versus a tiempo completo, a distancia versus presenciales, trabajos analógicos versus trabajos a través de plataformas digitales, de pura actividad versus esencialmente por resultados, prefijada determinación

de los tiempos de trabajo versus intensa flexibilidad en los tiempos, incluida la aparición de formas de trabajo a llamada, directamente contratados por la empresa versus incorporados vía puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, insertos en la ejecución del ciclo productivo de la empresa versus afectos a contratos de obras y servicios, etc. Lo más significativo que nos interesa destacar en estos momentos es que la situación de los trabajadores según que se atengan a estas diversas modalidades contractuales no sólo manifiesta especialidades en su régimen jurídico, sino que provoca una diversidad en las plantillas de las empresas en términos tales que los intereses de cada uno de ellos ya no son uniformes como en el pasado, sino que se presentan igualmente como intereses diversos.

Adicionalmente cada vez se diagnostica como más intensamente distintas las condiciones de empleo y de trabajo en la comparación entre grandes y pequeñas empresas, más aún entre microempresas y las restantes. Este es un nuevo factor de diversidad del mercado de trabajo, no interno dentro de cada empresa, pero si en la comparación entre cada una de las organizaciones empresariales.

3. LA RESPUESTA INICIAL, PLURAL E INSUFICIENTE: LA PROHIBICIÓN DE CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS

La primera intervención jurídica, en este ámbito de los múltiples tipos de diversidades laborales que progresivamente van emergiendo, es la de la aplicación cada vez más amplia y reforzada de la prohibición de la discriminación. Se trata de impedir un tratamiento peyorativo de quienes, a resultas de un determinado perfil de diversidad, son tratados peyorativamente en las relaciones laborales.

Los elementos claves de la ampliación son de diversa caracterización, pero se pueden resumir en los siguientes aspectos.

En primer lugar, una amplia incorporación de causas de discriminación, a partir de un listado inicial muy reducido. Partiéndose exclusivamente de la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, se ha ido extendiendo a otro conjunto mucho más amplio de condiciones personales o sociales. Entre los últimos más destacados, resaltaría como más significativos la consideración como discriminatorias de las conductas diferenciales por razón de edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica (art. 21 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación).

En segundo lugar, la ampliación se verifica a través del abanico de medidas a través de las cuales se puede llegar a materializar un tratamiento discriminatorio. Encontrando su origen típico en el despido, como decisión final contundente

por parte de la empresa, se va progresivamente extendiendo al conjunto de las condiciones laborales, desembocando en los tiempos más recientes con mayores dificultades en el acceso al empleo, en el momento de la selección y contratación de trabajadores. Como expresamente se contempla en el texto legal, no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, público o privado, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (art. 9.1 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación). Asimilando también a la discriminación el acoso conectado con las precedentes causas de discriminación.

En tercer lugar, la ampliación se produce por medio de la identificación de la tipología de formas a través de las cuales se concreta un tratamiento discriminatorio. En su inicio centrada en la discriminación directa, sucesivamente extendida a la discriminación indirecta, hoy en día incluyendo la discriminación por asociación, por error, múltiple e interseccional (art. 6 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación).

En cuarto lugar, la ampliación se verifica por la vía del establecimiento de un régimen jurídico potente, que a través de diversas técnicas institucionales garantice la eficacia material de la constatación de la concurrencia de un tratamiento discriminatorio, como de la contundencia de las sanciones jurídicas derivadas de la declaración de una determinada conducta como discriminatoria. Lo primero, esencialmente, a través del debilitamiento de la carga de la prueba impuesta a la presunta víctima, con la mera exigencia de indicios fácticos que permitan presumir su concurrencia y, por tanto, proceder en tal caso a la inversión de la carga probatoria (art. 30 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación), así como la amplia determinación de la legitimación para la defensa de la tutela antidiscriminatoria (art. 29 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación). Lo segundo, esencialmente, a través de la declaración de la nulidad de la conducta discriminatoria: son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos (art. 26 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación), que conduce la imposición del retorno del trabajador discriminado a la situación previa a tal conducta (art. 28 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación). Junto a ello la imposición de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios sufridos, tanto materiales como morales: El incumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior dará lugar a responsabilidades administrativas, así como,

en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas (art. 25.2 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación). En definitiva, La protección frente a la discriminación obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias (art. 25.1 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación).

No resulta necesario detenerse en estos momentos en todos estos elementos ampliatorios que, sin la menor duda, se han convertido en una herramienta básica de actuación a los efectos de que la amplia diversidad de situaciones en nuestra sociedad trasladada al ámbito laboral, no provoque situaciones de marginación o de perjuicio concreto a las víctimas de una discriminación. Baste con remitirnos a la extensísima bibliografía existente al efecto y los múltiples pronunciamientos de nuestro Tribunales de Justicia otorgando el amparo correspondiente cuando se constata un determinado tratamiento discriminatorio.

En estos momentos me interesa detenerme sobre todo en el hecho de que, más allá de la decisiva importancia de la tutela antidiscriminatoria, la misma, sobre todo a resultas de la amplitud de causas discriminatorias en nuestro ordenamiento jurídico, desemboca en el hecho de que la prohibición no acoge a todas las facetas de la diversidad laboral antes enumeradas. Por mucho que progresivamente la legislación ha ido ampliando significativamente las causas de discriminación, tal como ya he referido, no llega a alcanzar todos los ricos elementos de la diversidad laboral que se presentan hoy en día. Asimismo, las notables diferencias presentes entre las diversas causas de discriminación expresamente acogidas por el legislador no son ponderadas con idéntica intensidad. Y, en definitiva, me interesa a ver hincapié en el dato de que con la tutela antidiscriminatoria no se agota hoy en día los requerimientos que se exteriorizan en relación con una realidad de elevada complejidad como es la diversidad laboral, por lo que resulta de todo punto insuficiente para gestionar debidamente la diversidad laboral.

Para empezar, las causas de discriminación se vienen a identificar con precisos perfiles personales hoy en día provocadores de marginación social. Ha de tenerse en cuenta que la diversidad laboral va mucho más allá de escenarios de victimización de concretos colectivos, por cuanto que afecta a otros elementos que van más allá de la marginación social, como son cierto tipo de pautas de vida o de costumbres sociales minoritarias, que implican nuevos elementos de diversidad laboral, que se presentan como nuevos retos en su gestión compleja

dentro de la empresa, sin llegar a suponer como tales situaciones de tratamiento peyorativo a cierto tipo de colectivos.

Más aún, comoquiera que la discriminación se sitúa en el terreno de los perfiles sociales identificativos de ciertos colectivos, inicialmente no se utilizan como causas de discriminación elementos de carácter jurídico, como pueden ser las diversas formas de inserción contractual en el mercado de trabajo. Eso sí, la ampliación subjetiva de la tutela antidiscriminatoria, o bien cuando menos ciertas reglas parciales de obligada igualdad de trato para ciertas condiciones de trabajo, en un momento dado incluye también la toma en consideración de la forma de trabajar a través de modalidades contractuales más o menos especiales; se incorpora también el elemento jurídico en algunas ocasiones entre las causas de discriminación, sea porque determinadas formas de trabajo ocultan discriminaciones indirectas de las causas tradicionales o bien porque se valora que provocan tratamiento peyorativo de ciertos trabajadores vinculados a través de determinadas modalidades contractuales: trabajadores con contratos temporales, trabajadores a tiempo parcial, trabajadores a distancia, trabajadores puestos a disposición en el marco de la empresa de trabajo temporal. Bien es cierto que esta nueva expansión subjetiva de la tutela antidiscriminatoria o de parciales reglas de igualdad en las condiciones de trabajo no se extiende a todas las formas de empleo que se incorporan al mercado de trabajo. Tal sucede así, por ejemplo, con el trabajo autónomo vulnerable, con el trabajo en contratos de obras y servicios, trabajo a llamada, trabajo por objetivos, trabajo a través de plataformas digitales, etc. No es descartable que, en el futuro, sin llegar a ser tratadas como nuevas causas de discriminación, reciban una tutela específica por vía de ciertas reglas de igualdad de condiciones. Pero, incluso si ello llega a suceder y en todo caso mientras que no ocurra, se trata de diversidades que, aunque no encajan en sentido estricto en el concepto de discriminación, en todo caso se presentan como nuevas expresiones de diversidad laboral, que de nuevo insistimos requieren de una gestión transversas de estas nuevas formas de diversidad.

Por añadidura, el proceso ampliatorio de las causas de discriminación, ha provocado que éstas lo sean de muy diversa naturaleza, en el sentido de que el impacto que las mismas presenta sobre el efecto que se quiere conjurar de marginación laboral y de segregación en el trabajo no se presenta con la misma intensidad, incluso que en ocasiones no es propiamente una situación de exclusión social, entendida ésta en el sentido estricto del término. En ocasiones, su calificación como discriminatoria es una mera técnica jurídica de evitar situaciones de mera precariedad laboral; en otros casos, se trata de fenómenos de diferencias de tratamiento peyorativo que se presentan en unos concretos aspectos, pero que no se identifican en otros. Así, expresamente se declara que no se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las

causas previstas legalmente derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (art. 4.2 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación). Ello, sin lugar a dudas, hace bastante más compleja la aplicación de la tutela antidiscriminatoria, pues en ocasiones la concurrencia de la causa no comporta necesariamente calificar a todas las conductas como discriminatoria para ciertos supuestos, o bien no requiere de la misma respuesta de resultados. Sin necesidad de entrar en mayores detalles es bien conocido como jurisprudencialmente se matiza significativamente el alcance de la edad como causa de discriminación respecto de otras más tradicionales como es el sexo; igualmente se puede pensar que puede tener en el inmediato futuro ciertas causas de discriminación introducidas como novedad en nuestro ordenamiento jurídico, como son el caso de la condición de salud, la propia enfermedad o la situación socioeconómica más allá de la aporofobia, por sólo mencionar los más evidentes. Y eso no significa que estas situaciones especiales, que no se incorporan a la tutela antidiscriminatoria, no presenten elementos de diversidad laboral a tomar en consideración. Una vez más, hay que repetir que, la tutela antidiscriminatoria no agota el tratamiento jurídico y de gestión de la diversidad laboral, que requiere una mirada mucho más amplia y una respuesta mucho más compleja y transversal.

4. LA EMERGENCIA DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Dentro todavía de una respuesta institucional bastante conocida, asentada y articulada jurídicamente se encuentran las medidas progresivamente introducidas de acción positiva. La insuficiencia de la respuesta legal de condena de las conductas antidiscriminatorias, esencialmente en el terreno de la igualdad formal, conduce a la necesidad de introducir medidas de trato de favor para algunos de los colectivos discriminatorios. Si bien no cabe la menor duda de que ambas presentan una conexión muy cercana, por cuanto que poseen finalidades similares del logro de la igualdad entre colectivos tradicionalmente desfavorecidos o marginados, sin embargo, conviene marcar las diferencias entre unas y otras instituciones, dado que a veces se confunden y ello conduce a errores en la delimitación tanto de su fundamento normativo como de su preciso régimen jurídico.

Ante todo, a efectos de clarificación conceptual, conviene precisar que en esta materia nos enfrentamos a una categoría general constituida por la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional en el Derecho de nuestro país (art. 1.1 CE) y como uno de los valores en los que se fundamenta la Unión Europea (art. 2 TUE). Y, a su vez, esta categoría general se desglosa cuando menos en tres manifestaciones diversas, parcialmente independientes entre sí, que serían, en primer lugar, la prohibición de discriminación; en segundo

lugar, el principio de igualdad de trato (en otras acepciones, igualdad ante la ley e igualdad en la ley); y, en tercer lugar, las medidas de acción positiva.

En estos términos, la acción positiva consiste en el establecimiento de medidas de tratamiento de favor singularizado de determinados grupos sociales, tradicionalmente postergados en el mercado de trabajo, de modo que se les trata de manera diferente al resto con vistas a la corrección o superación de su mayor situación de debilidad en las relaciones sociales y, por ende, al logro de la igualdad material, a través de la imposición de actuaciones que comportan esencialmente conductas de hacer, mientras que la discriminación tan sólo comporta conductas de no hacer por su carácter meramente prohibitivas.

De este modo, mientras que la discriminación se orienta, en negativo, hacia intervenciones de mera prohibición de aquellas conductas que supongan perjuicio o daño a los grupos desfavorecidos, en la acción positiva se presenta a la inversa, en sentido afirmativo, como tratos de favor de dichos grupos. Esa muy diversa actuación opuesta de cada figura ha llevado en sus primeros momentos a denominar también a la acción positiva como discriminación inversa, como traducción de la originaria expresión anglosajona “reverse discrimination”. A nuestro juicio, sin embargo, tal denominación no resulta nada acertada, provoca confusión y debe rechazarse, sobre todo porque el término «discriminación», por su propia esencia, incorpora una valoración negativa, de predisposición a su rechazo, de una actitud de condena jurídica por situarse en el ámbito de lo ilegal y, como tal, a proscribir. Por ello, a nuestro juicio, resulta más plausible la expresión acción positiva, como traducción de la originaria expresión anglosajona “affirmative action”. De este modo, se abren paso las medidas de acción positiva, que hoy en día deben situarse en el terreno de su licitud, de actitud favorable a su compatibilidad con los valores propios de un Estado social y democrático de Derecho, incluso de necesidad de imposición de las mismas con vistas al logro de la igualdad material.

Eso sí, la originaria denominación como discriminación inversa o como discriminación positiva encuentra su razón de ser en el hecho de que el primer paso que tuvo que efectuarse, para la introducción de tales medidas, no sería otro que el de elaborar una construcción jurídica que permitiese hacer compatible la prohibición de discriminación con la adopción de tales medidas. Asimismo, ello explica porque en algunos ordenamientos los únicos referentes normativos eran las previsiones legales en materia de prohibición de discriminación, o bien estos referentes eran los más desarrollados en cuanto a su régimen jurídico y, en particular, aquellos que adoptaban un reconocimiento más pleno y de mayores garantías en cuanto a su efectivo cumplimiento.

Así, desde el punto de vista del fundamento jurídico, ha de indicarse que las medidas de acción positiva no pueden basarse en aquellos preceptos que se

limitan a prohibir las conductas de trato peyorativo, pues, insistimos, se trata de establecer reglas que incorporen un trato de favor. Como diría uno de los primeros documentos comunitarios identificador de la finalidad de tales medidas en materia de género, las mismas van orientadas a «eliminar la disparidad de facto de las que son objeto las mujeres en la vida laboral y favorecer su inserción en el mercado de trabajo» (Recomendación del Consejo 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer). Como afirmaba esa misma Recomendación, «las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los gobiernos, interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad». Dicho de otro modo, de la prohibición de discriminación sólo se puede deducir una condena de actos lesivos a la igualdad, pero no proactivos del logro efectivo de la igualdad material. La prohibición de discriminación se sitúa en el plano de la igualdad formal, en tanto que las medidas de acción positiva se encuentran en el ámbito de la igualdad material. En términos concretos, tomando como referente a la Constitución Española, el fundamento normativo de la discriminación se halla en el art. 14 del texto constitucional, cuando establece la imposibilidad de que pueda «prevalecer discriminación alguna...», en tanto que el fundamento jurídico de las medidas de acción positiva se residencia en el art. 9.2 igualmente del texto constitucional español, cuando afirma que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la... igualdad y la libertad de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», así como «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». En esa línea, la legislación nacional interna viene a recoger una expresa definición de esta categoría, cuando establece que “Se consideran acciones positivas las diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social. Tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifican y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan” (art. 6.7 Ley 15/2022, de 12 de julio (BOE 14 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación). No obstante, la confusión conceptual no deja de estar presentes entre nosotros, por cuanto que, en ocasiones, partiéndose de una identificación entre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, a las medidas de acción positiva se les considera como una manifestación de la prohibición de discriminación. En concreto, en la última Ley española citada se considera que constituyen un tratamiento discriminatorio las conductas de incumplimiento de las medidas de acción positiva (art.

4.1 Ley 15/2022, de 12 de julio (BOE 14 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación).

Las medidas de acción positiva encuentran su origen en las políticas desarrolladas en los Estados Unidos de América en el marco del logro de la plena integración social y laboral de la llamada allí población afroamericana, es decir, en términos jurídicos, medidas de acción positiva por razón de la postergación de la población de raza negra, calificativo que allí tiene claramente un matiz despectivo, que no sucede necesariamente en Europa, aunque también aquí se utiliza el eufemismo de personas “de color”. En el ámbito europeo las medidas de acción positiva vía intervención nacional, no precisamente por parte de las instituciones europeas, se produce a través de actuaciones en relación con la mujer trabajadora. Entre nosotros destacan por su especial trascendencia la obligatoriedad de negociación y aprobación de planes de igualdad entre mujeres y hombres en todas las empresas a partir de los 50 trabajadores (art. 45 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre, a partir del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo). Sucesivamente, también como típica medida de acción positiva hay que mencionar la obligatoriedad de que las empresas igualmente a partir de 50 trabajadores, a través de la negociación colectiva, establezcan un conjunto de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, que incluya un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI (art. 15.1 Ley 2/2023, de 28 de febrero, BOE 1 de marzo).

En todo caso, donde con mayor intensidad se han utilizado las medidas de acción positiva entre nosotros lo han sido respecto de los trabajadores discapacitados. En materia de discapacidad, la regla de acción positiva en el sentido estricto del término prevista tanto en la normativa europea se centra en la imposición de la necesidad de que las empresas adopten ajustes razonables a fin de garantizar la igualdad de trato. En la normativa española, además de la precedente, se contempla tradicionalmente la exigencia de la reserva de un porcentaje del 2 % de trabajadores discapacitados en las empresas de más de 50 trabajadores, porcentaje ampliado en el ámbito de la Administración Pública en estos momentos hasta el 7 % (art. 50 Estatuto Básico del Empleado Público).

Centrados en la necesidad de adopción de ajustes razonables, en el ámbito de la Unión Europea lo que se establece es que «los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no

se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

Conforme a la delimitación conceptual que hemos efectuado al inicio de este análisis, afirmaríamos que se trata de una estricta medida de acción positiva, tanto por su finalidad subjetiva, exclusivamente dirigida en favor de los trabajadores discapacitados de manera diferenciada del resto de los trabajadores, desde la perspectiva objetiva, en la medida en que impone una obligación de hacer y no establece una mera prohibición de conductas lesivas de los discapacitados, como del hecho de que la norma europea impone una obligación de adopción de las medidas y no exclusivamente en la perspectiva meramente permisiva de las analizadas en el apartado precedente, de declarar que su introducción no resulta contraria al principio de igualdad de trato ni a la prohibición de discriminación.

A pesar de ello, con una voluntad de reforzar el cumplimiento de esta obligación de adoptar en positivo medidas de ajustes razonables, desde diversos frentes se ha entendido que las mismas se insertan estrictamente en el ámbito de la prohibición de discriminación, en el sentido de que su incumplimiento se califica como conducta discriminatoria. Se ha defendido su incardinación dentro del ámbito estricto de la discriminación desde el punto de vista de la finalidad que se pretende con los ajustes razonables, con independencia que se adopten como una obligación de hacer exclusivamente respecto de los discapacitados. En efecto, se incorporan en el territorio de la discriminación y no de las medidas de acción positiva, en la medida en que se entiende que su incumplimiento constituye un obstáculo que impide o dificulta notablemente el trabajo de los discapacitados: de no realizarse esos ajustes razonables los discapacitados no podrían trabajar en esos espacios o puestos de trabajo y, por tanto, no se les contrataría. Se trata de una calificación jurídica que va más allá de lo meramente nominal tipológico, sino que presenta importantes consecuencias en el terreno práctico de su concreto alcance jurídico. En concreto, al insertarlo dentro del terreno de la discriminación, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables se sitúa en el ámbito de la prohibición de las conductas discriminatorias, con la aplicación por tanto de todo el aparato jurídico sancionador tan efectivo frente a las conductas discriminatorias, comenzando por el hecho de que con ello se abre la posibilidad de utilizar los procedimientos judiciales de tutela de los derechos fundamentales para reaccionar frente a sus incumplimientos. Por ejemplo, ello conduce a nuestro Tribunal Constitucional a poder entrar en su análisis por la vía de un recurso de amparo, que no podría realizar en otro caso, a declarar la nulidad radical de la ausencia de la adopción de tales ajustes razonables, incluso a la condena a una obligación de hacer como es la de introducir tales medidas (STC 51/2021, de 15 de marzo.). Tal posicionamiento viene reforzado por el propio Derecho Internacional, donde la Convención Internacional de los Derechos de

las Personas con Discapacidad, que incluye los incumplimientos de este tipo como una conducta discriminatoria por motivos de discapacidad (art. 2). Dentro de esa estela se encuentra también el tratamiento legal en nuestro ordenamiento jurídico, donde igualmente los incumplimientos relativos al deber relativo a los ajustes razonables se identifican con tratamientos discriminatorios (art. 66 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, BOE 4 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), que en algún caso llega incluso a considerarla como discriminación directa (art. 6.1 a Ley 15/2022, de 12 de julio (BOE 13 de julio), integral para la igualdad de trato y la no discriminación). A tal efecto resulta clave para constatar un incumplimiento del deber de adoptar tales ajustes razonables la toma en consideración de hasta qué punto su ausencia supone efectos discriminatorios de los discapacitados.

Desde la perspectiva estricta del Derecho de la Unión Europea lo significativo es que los ajustes razonables se incluyen dentro de una Directiva general para la igualdad de trato en el empleo, donde se adoptan las típicas medidas de tutela antidiscriminatorias, si bien sin llegar calificar expresamente los incumplimientos del deber de ajustes razonables como conductas discriminatorias (arts.2.2.b.ii y 5 Directiva 2000/78/CE). Incluso cabría señalar que alguna concreta sentencia ha considerado que el despido objetivo de un trabajador por criterios aparentemente neutros (menor productividad, menos polivalencia, absentismo) es indirectamente discriminatorio por discapacidad si el empresario no ha realizado antes los ajustes razonables que garanticen la igualdad de trato (TJUE 11-9-2019, Nobel Plastiques Ibérica, C-397/18). Más aún, se ha declarado que efectuada la declaración pública oficial de la situación de incapacidad permanente, el empresario está obligado, con carácter previo, a prever o efectuar ajustes razonables del lugar de trabajo con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, o bien a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva; de este modo se considera contrario a la Directiva la normativa de un Estado miembro que permite la extinción automática de un contrato de un trabajador declarado en situación de incapacidad permanente, sin adoptar las necesarias medidas previas de adaptación del puesto de trabajo (STJUE de 18 enero 2024, Ca Na Negreta, C-631/22, EU:C:2024:53).

La norma es de carácter amplio, de modo que está pensando tanto en adaptaciones específicas del puesto de trabajo del discapacitado, para que éste no encuentre dificultades en la ejecución de su prestación de servicios, como de medidas de todo tipo de las instalaciones, medios de trabajo y de la propia organización colectiva de la empresa adecuadas para el trabajo de los discapacitados. Incluye también medidas que eliminen los obstáculos a la formación y reciclaje profesional de los trabajadores discapacitados. Desde la perspectiva

jurisprudencial, el Tribunal de Luxemburgo ha declarado que la Directiva general sobre igualdad de trato se opone a una normativa nacional que establece la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva no cumple los umbrales mínimos de percepción acústica establecidos en esa normativa, y que no permite comprobar si el mencionado funcionario puede desempeñar tales funciones, en caso necesario tras realizarse los ajustes razonables, de modo que se permite despedir al discapacitado por no superar el examen de agudeza acústica (TJUE 15-7-2021, Tartu Vangla, C-795/19).. Incluso, en un determinado caso ha interpretado incluso que el deber de realizar ajustes razonables incluye la obligación de destinar al trabajador a otro puesto de trabajo para el que el discapacitado tenga competencias, si resulta que no es apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto para el que fue contratado (TJUE 10-2-2022, HR Rail, C-485/20).

En todo caso, al incorporarse dentro de una Directiva, la misma carece de eficacia directa como es general en todas las Directivas, y, por tanto, requiere para su efectiva exigencia que la misma sea implementada normativamente a través de la correspondiente norma de transposición del correspondiente Estado miembro. En particular, la regla de la Directiva, tal como está contemplada, exige una importante precisión por parte del legislador nacional a través de la mencionada trasposición, especialmente por la utilización de algún concepto jurídico indeterminado que no debe quedar impreciso en la norma de transposición. El legislador nacional a estos efectos no puede dejar de precisar el alcance concreto del deber de adaptación, pues de lo contrario provocaría un elevado grado de inseguridad jurídica en el empleador respecto de cuándo, dónde y cómo debe adoptar los ajustes razonables; y, al propio tiempo, no puede dejar de hacerlo pues la Directiva impone un efectivo deber de adaptación, que de lo contrario quedaría frustrado e incumplido el efecto útil de la Directiva.

Ello no requiere necesariamente que el legislador despeje directamente a través de la propia norma las incertidumbres derivadas de tales conceptos jurídicos indeterminados, pues el abanico de situaciones posibles y las respuestas necesarias en cada caso pueden ser tan variados y múltiples, incluso cambiantes con el paso tiempo, que una disposición de carácter general no puede resolverlo de antemano. pero lo que sí resulta imprescindible es que la norma de trasposición resuelva el modo de superar la imprecisión legal. Dicho de otro modo, la norma

de transposición cuando menos debe establecer el procedimiento o mecanismo de clarificación de las generalidades legales.

Tres conceptos jurídicos indeterminados se detectan a estos efectos en la Directiva, que a su vez se engloban en el igualmente impreciso calificativo de «razonables» de las medidas a adoptar.

El primero de ellos es el relativo al hecho de que las medidas han de ser «adecuadas» al fin perseguido; debe ser el legislador nacional quien descienda al detalle para precisar cómo se sabe si una medida es o deja de ser adecuada.

El segundo se refiere al dato de que los ajustes han de ser diferentes «en función de las necesidades de cada situación concreta», por lo que igualmente el legislador debe establecer el modo como se detectan las necesidades diversas para cada concreta situación.

En tercer lugar, el legislador europeo, de principio, no obliga al empleador a adoptar las medidas cuando su coste sea «excesivo», salvo que el propio poder público asuma el coste de los ajustes; ello implica que la norma europea no obliga a adoptar los ajustes cuando estos son «excesivos». Deben quedar claras tres consideraciones: la norma impone una obligación de adaptación a las empresas, con independencia de que lo haga depender de ciertos condicionamientos; la norma impone en concreto esta obligación al empresario siempre que el coste no sea excesivo, aunque no concorra financiación pública; la norma no impone al poder público la financiación de los costes excesivos, pero cuando el Estado miembro opta por financiarlo el empresario está obligado a realizar los ajustes con independencia de los inconvenientes no económicos que ello implique. A la vista de lo anterior, al legislador nacional le caben dos alternativas para despejar las dudas: o bien precisar cuándo el coste de un ajuste es o no «excesivo», sin asumir el poder público las que lo desborden por excesivo; o bien imponer al poder público asumir sus costes cuando se entienda que el coste resulta excesivo. Eso sí, incluso cuando se opte por la segunda alternativa también deberá precisar cuándo el coste resulta excesivo para que el empresario sepa si él debe asumir o no tales costes, salvo claro en la hipótesis teórica también imaginable de que el poder público asuma todos los costes, los excesivos y los que no lo son. En todo caso debe quedar claro que no se trata de una obligación teórica la establecida en la Directiva; a diferencia de lo que han entendido algunos, la ausencia de financiación pública no provoca la desaparición de la obligación de llevar a cabo los ajustes, pues en todo caso se mantiene la obligación empresarial cuando el coste no sea «excesivo», debiendo interpretarse el término de modo reductivo pues es clara la voluntad del legislador europeo de imponer tal obligación a las empresas. tan es así que, como ya hemos indicado, expresamente se declara que las medidas de ajuste necesario y los costes anejos a los mismos no pueden considerarse

como una discriminación indirecta; pero sí constituirá discriminación la medida empresarial destinada a evitar la contratación de un trabajador discapacitado o su destino a un concreto puesto para evitar la adopción de las medidas de ajuste razonable.

Frente a todo ello, lo que se observa es que el legislador español, al efectuar la debida transposición, inicialmente ha sido esencialmente perezoso, pues se limitaba prácticamente a copiar de forma literal lo que dice la Directiva, sin superar los tres conceptos jurídicos indeterminados señalados. En esta materia la normativa española no estaba a la altura de las circunstancias, por cuanto que no atendía a lo que es por esencia una labor de transposición normativa, que no consiste en la mera reiteración de lo dicho por una Directiva, sino proceder a adaptar los objetivos de la misma a las particularidades de nuestro ordenamiento jurídico y, en este caso concreto, desarrollar y concretar lo que el legislador europeo deja a la libre opción del legislador nacional, pero, eso sí, requiriéndole que precise el alcance concreto de la obligación del empleador, tanto por lo que refiere a sus condiciones, como al tipo de medidas que debe adoptar.

La reforma reciente del Estatuto de los Trabajadores, referida a la relación entre extinción contractual por incapacidad permanente y deber de ofrecer previamente los correspondientes ajustes razonables, ha venido a clarificar en parte el panorama a estos efectos, con una transposición algo más adecuada (art. 49.1 n ET, conforme a la redacción dada por la Ley 2/2025, de 29 de abril, BOE 30 de abril). Conforme a la misma, para determinar si la carga es excesiva se debe tener particularmente en cuenta el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa. La carga no se considera excesiva cuando se palie en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas. En particular, en las empresas que empleen a menos de 25 trabajadores se considera excesiva la carga cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre las siguientes: 1.^a la indemnización que correspondería al trabajador en caso de despido improcedente; 2.^a seis meses de salario de trabajador que solicita la adaptación.

Por otra parte, la legislación nacional de transposición incurre en el error de establecer como baremo para determinar cuándo un ajuste resulta o no razonable «los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción» (art. 66.2 RD Legislativo 1/2013). El hecho de que el incumplimiento de los ajustes razonables se califique como conducta discriminatoria no implica que como presupuesto de hecho se esté exigiendo demostrar una situación de discriminación en el caso concreto para obligar a realizar los ajustes

razonables. La Directiva obliga a adoptar los ajustes razonables cuando ello sea necesario para que el trabajador discapacitado pueda realizar su actividad laboral, dejando aparte la excepción de los costes económicos. Por ello, para la Directiva la obligación de la introducción de los ajustes razonables no se vincula a la demostración de situación concreta de discriminación. Por tanto, conectar la obligación o no de la introducción de los ajustes razonables con la comprobación de los efectos discriminatorios constituye introducir una exigencia que no está en el tenor de la Directiva. El hecho de que se califique al incumplimiento de la medida como conducta discriminatoria no la excluye de su carácter de medida de acción positiva, que como hemos intentado aclarar al inicio de este estudio va siempre más allá de la prohibición de discriminación, por tanto, no pretendiendo actuar sólo sobre conductas discriminatorias, pues ello ya deriva automáticamente del art. 14 CE, sino que busca acciones mucho más intensas, en otro terreno cual es el de ir hacia la igualdad material. Por ello, para la comprobación de si la exigencia de un ajuste resulta razonable no es necesario atender al efecto de emergencia de un resultado discriminatorio, sino algo distinto y mucho menos grave, como es la presencia de objetivas y desproporcionadas dificultades de acceso o de permanencia en el empleo, colocando al discapacitado en una constatable situación de marginación, segregación o exclusión laboral.

5. NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD LABORAL

En todo caso, lo previsiblemente más novedoso en el inmediato futuro se ve a producir en la introducción de nuevas políticas empresariales de gestión de la diversidad laboral, que vaya más allá de las técnicas jurídicas tradicionales tanto de la tutela antidiscriminatoria como de las medidas de acción positiva en el sentido estricto del término. Se puede augurar que el reto más importante para las empresas en el inmediato futuro se presenta en orden a ir más allá de estas técnicas tradicionales, para desplegar toda una nueva cultura de gestión de la diversidad, donde la misma se valore como un elemento enriquecedor de las relaciones laborales, donde se asimile el carácter transversal en su impacto de la diversidad laboral, que requiere de un modelo flexible de relaciones laborales que dé respuesta a las nuevas pautas de vida de la población en general y de la trabajadora en particular. No se trata ya sólo de establecer un modelo de igualdad formal y material de los diversos perfiles de trabajadores y de las nuevas formas de trabajo, sino de que, valga la redundancia, la diversidad laboral requiere de una diversidad de condiciones de trabajo para atender a las expectativas diversas de los diferentes colectivos de trabajadores en atención a sus variadas pautas de vida, costumbres y preferencias vitales. En ese territorio, con toda seguridad, la negociación colectiva debe asumir un papel protagonista, más allá de las expresas remisiones legales que se le efectúen para materias concretas, sino como

instrumento central de logro de nuevos equilibrios, ciertamente complejos en un modelo donde va a prevalecer la diversidad laboral.

En esa clave, se pueden detectar desde la ley cierto tipo de medidas, esencialmente tradicionales y que probablemente no se puedan convertir en el elemento referencial de las nuevas políticas de diversidad laboral que exigen los trabajadores, pero que en todo caso merece la pena dejar anotadas. En concreto, hasta ahora nos hemos referido a que sólo a medidas antidiscriminatorias y de acción positiva, desde la perspectiva de medidas que lo pueden ser en negativo, prohibiendo la discriminación, en aras de la igualdad formal, o bien en positivo, en clave de acción positiva, con vistas al logro de la igualdad material. Pues bien, lo que nos interesa destacar ahora es que se puede presentar una tercera categoría de intervenciones que, estableciendo diferencias de tratamiento, no estén ni en clave discriminatoria ni en clave de acción positiva. El legislador puede en ocasiones tomar como referencia alguna de las causas tradicionales de segregación laboral, provocando un incremento de las diferencias en la contratación o en las condiciones de trabajo (y, por ello, no se insertan en la categoría de las medidas de acción positiva) si bien tengan una finalidad objetiva, razonable y proporcionada diferente del logro de la igualdad material (y, por ello, no se incluyen tampoco entre los supuestos de tratamiento discriminatorio).

Los ejemplos más significativos de esta tercera categoría (ni discriminación ni acción positiva) se encontrarían en el ámbito de algunas medidas de fomento del empleo de los trabajadores con mayores dificultades de incorporación al mercado de trabajo, que consisten en introducir menores cargas u obligaciones a los empresarios; por tanto, medidas que en la práctica provocan incremento de diferencias peyorativas de trato en la contratación (temporalidad) o en las condiciones de trabajo (retributivas, de flexibilidad laboral), pero que se declaran expresamente lícitas y, por ende, no discriminatorias. En alguna Directiva expresamente se faculta a los Estados miembros a adoptar este tipo de medidas diferenciales, excluyendo que las misma constituyan discriminación y que, por añadidura, es evidente que tampoco se incorporan al elenco de medidas de acción positiva. El ejemplo más emblemático de ello es cuando se justifican diferencias de trato por motivos de edad en el marco del Derecho nacional «por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios» (art. 6 Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación). Es cierto que se trata de medidas orientadas a fomentar el empleo de este tipo de grupos desfavorecidos, por tanto intentando incentivar a los empresarios para que decidan colocar a los mismos frente al resto de los trabajadores, lo cual podría a primera vista tener cierta similitud con las medidas

de acción positiva; sin embargo, a nuestro juicio, no pueden incardinarse dentro de la categoría de las medidas de acción positiva cuando esas medidas de fomento o incentivo se concretan materialmente en un tratamiento peyorativo en términos comparativos para estos grupos de trabajadores. Finalmente pueden identificarse actuaciones que, aunque tengan un carácter de tutela específica respecto de la mujer por su situación de embarazo, en concreto, lo son por el hecho de su especial exposición al riesgo por razones fisiológicas y no se encuentran propiamente entre las acciones positivas, que incluso su omisión se valora como estrictos tratamientos discriminatorios desde la perspectiva del Derecho de la Unión.

Pero, insistimos, la línea de actuación futura, en la que creo que se va a poner el acento, no es tanto la precedente de establecer medidas de fomento del empleo de la diversidad sobre la base del deterioro de las condiciones de trabajo, sino sobre la premisa de la igualdad de trato de todos los grupos sociales, situarse en un territorio diverso que va más allá del test de igualdad. Es la oportunidad de conformación de un modelo de gestión de la diversidad laboral que parta de la comprensión de la importancia que le atribuyen ciertos grupos de trabajadores como expresión de su identidad personal, que se construya un modelo flexible de relaciones laborales que permita que cada uno de los individuos pueda expresar su particular identidad personal, haciéndola compatible con la ausencia de agravios comparativos y conciliable con las exigencias empresariales. Incluso esto último a percibir de manera diversa, en el sentido de que esa flexibilidad que facilite el juego pleno y efectivo de las identidades personales, no sólo eliminará fricciones o conflictos, sino que favorecerá un ambiente de trabajo saludable e idóneo, que acabará repercutiendo positivamente en las propias expectativas empresariales.

Comoquiera que en estos momentos todo lo anterior se presenta como novedosos dentro de nuestra realidad laboral desde el punto de vista de cómo se gestiona desde las políticas laborales de las empresas, incluso de cómo se atiende desde la necesaria modernización de los contenidos de los convenios colectivos, la reflexión no puede ir más allá de las precedentes consideraciones de carácter muy general. Su articulación en lo concreto se desenvolverá en el inmediato futuro, lo que nos obligará a seguir pensando en el cómo en lo concreto se da respuesta a este indudable reto que se le plantea tanto a la negociación colectiva como a las responsables de diseño inmediato de las políticas empresariales en la materia.