

Regulación preventiva aplicable a los trabajadores especialmente sensibles



Alumno: Antonio De La Fuente Salazar

Director del proyecto: Guillermo García González

Fecha entrega: 03/09/2015

Universidad Miguel Hernández



ÍNDICE

1. Introducción al proyecto.....	3
2. Objetivos y justificación.....	4
3. Cuerpo central del proyecto.....	5
3.1 Trabajador especialmente sensible. Legislación aplicable.....	5
3.2. Concepto y tipos de especialidad.....	10
3.3. Obligatoriedad de protección específica frente a los trabajadores especialmente sensibles.....	12
4. Transposición de las medidas preventivas para los TES.....	17
5. Resoluciones judiciales sobre la acción preventiva aplicada a los TES.....	25
6. Conclusiones.....	30
7. Referencia bibliográficas.....	33

1. Introducción al proyecto

El proyecto final de máster que he realizado trata sobre los trabajadores especialmente sensibles, un colectivo de la sociedad el cual genera controversia por lo que concierne a la jurisprudencia y al ordenamiento jurídico, ya que este tema debe tratarse con delicadeza y cautela.

Podríamos debatir sobre varios de los miembros con alta sensibilidad (menores, mujeres embarazadas, discapacidades físicas), pero me parece interesante hablar de la tutela de los trabajadores especialmente sensibles, así como los riesgos que pueden padecer en su lugar de trabajo y las soluciones preventivas que pueden darse para garantizar su seguridad y salud.

La necesidad y el interés de realizar este trabajo de investigación reside en la ausencia de análisis en profundidad por parte del legislador de éste colectivo, sobretodo incidiendo en la ausencia en la normativa de medidas preventivas, como son la adaptación del puesto, la movilidad geográfica o funcional obligatoria del trabajador en lugar de otras resoluciones empresariales posibles, como sería la extinción contractual. Por tanto, en virtud de perseverar el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, es preciso un seguimiento de la actividad preventiva, en relación al deber de protección del empresario, sea cual sea la condición del trabajador.

De esta forma, el proceso de investigación del presente proyecto inicia con una búsqueda e identificación del colectivo especialmente sensible, a partir de lo descrito por la normativa o calificado por la jurisprudencia.

Posteriormente procedo a analizar, evaluar y conocer las medidas preventivas disponibles ante los factores de riesgo de los trabajadores especialmente sensibles, ya que se trata de un hecho significativo y relevante para los empleados que padecen ésta situación, así como un deber de la política empresarial a la hora de gestionar los recursos humanos y preventivos a los que tengan acceso. La ausencia o desatención de la normativa preceptiva provoca repercusiones negativas en los empleados con graves consecuencias para la viabilidad de la empresa y la integridad de la vida humana.

Las resoluciones de la jurisprudencia resultan también disputadas, analizando la gravedad y repercusión de las condiciones de trabajo y las tareas para determinar la adopción o no de las medidas preventivas en relación a la especial sensibilidad del trabajador.

La responsabilidad empresarial, que le motiva a prevenir tanto a prevenir efectos negativos del trabajo en la salud de sus subordinados, como a actuar cuando tal aspiración ha fracasado a fin de minorarlos y evitar su repetición futura, fortalece la posición del trabajador en orden a negarse a un cambio de condiciones o de puesto que pueda repercutir negativamente en su salud como consecuencia de su singular estado

El empleado podrá también reclamar la eliminación o control del riesgo al que es particularmente sensible, la adaptación del puesto que ocupa a sus concretas capacidades o, en última instancia, la recolocación en uno compatible con su situación médica o psicofísica, sin perjuicio, claro está, de la demostración de la inviabilidad del cambio o la inexistencia de nueva ubicación laboral adecuada, que forzosamente debe interpretarse a partir de un criterio restrictivo y someterse a ciertas condiciones. Se trata de un derecho ineludible del trabajador y una obligación del empresario.

Agradecimientos: Agradecer con gratitud al profesor Guillermo García González la paciencia y dedicación entregada en mi proyecto, ya que siempre ha tenido tiempo disponible para mí, y en la realización de un mejor trabajo.

2. Objetivos y justificación.

2.1 Objetivos

- Investigar el concepto de los trabajadores especialmente sensibles y su normativa reguladora, así como lo dispuesto en las resoluciones de los tribunales españoles.
- Conocer los derechos que tienen reconocidos los trabajadores especialmente sensibles y las medidas preventivas para garantizar la seguridad y la salud del colectivo.
- Analizar el dualismo de opiniones del ordenamiento jurídico respecto a la posibilidad de otorgar determinadas medidas preventivas, valorando los distintos casos de forma individual.

2.2 Justificación:

El motivo de mi proyecto es conocer la situación personal y laboral de los trabajadores especialmente sensibles, los cuales padecen la enfermedad con anterioridad a la relación contractual o debido a una situación sobrevenida, así como los casos dictaminados por la jurisprudencia, y por lo tanto la obligación del empresario a responsabilizarse de su protección y su salud, derecho reconocido a partir de la publicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del año 1995.

La información obtenida en este proyecto final puede ser utilizado para la consulta y supervisión de otros organismos, trabajadores y/o empresas interesados en la acción preventiva referente a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos bien en el ámbito jurídico, estableciendo jurisprudencia que reconoce la protección especial de los derechos de éste colectivo, cada vez más presente en la sociedad con el paso de los años.

La carencia de legislación relativa a las medidas preventivas accesibles a los trabajadores sensibles motiva mi proyecto a conocer mejor éste colectivo completando la información a por vía jurisprudencial y la acción preventiva que se debe llevar a cabo, así como los derechos específicos a los que están sujetos.

3. Cuerpo central del proyecto

3.1 Trabajador especialmente sensible: Legislación aplicable.

La visión que tenemos de la persona con discapacidad física ha variado con el paso de los años, anteriormente veíamos que las personas eran repudiadas a su hogar, sin posibilidades de socializar y mucho menos opciones laborales, esta condición día a día va mejorando, y los gobiernos van tomando mayor conciencia de implementar políticas tendientes a que las ciudades sean lugares mas amables hacia la persona que vive con una discapacidad.

Encontramos hoy en día cada vez más personas con discapacidad ocupando cargos importantes en la sociedad, y es por eso que sus derechos deben ser aprobados y asumidos como cualquier otra persona bajo su jurisdicción, de ahí el interés o la relevancia de realizar el proyecto.

Para profundizar en la relevancia de la normativa y jurisdicción española sobre los trabajadores especialmente sensibles o TES , expongo la legislación relacionada con los trabajadores especialmente sensible, así como resoluciones judiciales de varios tribunales de España.

En la Ley del Estatuto de los Trabajadores del año 1995, nos contempla una serie de derechos y deberes laborales para éste colectivo determinado, así como un procedimiento en caso de riesgo en el desarrollo de la relación laboral. Entre las medidas preventivas establecidas en la ley no contemplan una movilidad obligatoria para el trabajador especialmente sensible que ha agotado las anteriores posibles medidas dentro de la actividad preventiva.

El concepto legal de no discriminación a los trabajadores, y en especial el colectivo de los TES, viene recogido en el artículo 4.2 sobre la no discriminación, en el apartado c de la LPRL amparando el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas,

orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Los accidentes de trabajo originados con ocasión o por motivo del trabajo por cuenta ajena, definidos en el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, pueden desencadenar en una discapacidad para el trabajador, siendo un perjuicio económico y productivo para la empresa, o personal y mental para el trabajador, y un gran peligro para la integridad física y moral de los trabajadores.

La discapacidad puede definirse como la incapacidad física o mental causada por una enfermedad o lesión congénita. La Organización Mundial de la Salud lo define como un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

En el derecho español se desarrolló la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En la Constitución Española de 1978, y siendo todos iguales ante la ley, se incluye en el artículo 14 el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No fué hasta el año 1995 cuando se publicó la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Dicha ley incluía entre sus derechos y deberes laborales, el artículo 25, que establece la protección por parte del empresario de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, ya que " *garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá*

tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias". La dificultad de proteger al trabajador reside en el reconocimiento y las medidas a impartir por el empresario, que son muy debatidas y diversas, así como escasas, ya que el empresario generalmente no conoce la gravedad del riesgo del empleado hasta que no es tarde, en otros casos se trata sucesos sobrevenidos dentro de la relación laboral.

La Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en su artículo 15, sobre grupos expuestos a riesgos, hace mención del colectivo especialmente sensible, diciendo que *"los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica"*.

la Orden de 9 de marzo, de 2001, Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo que se prevé la no colocación de trabajadores en puestos para los que no reúnen las exigencias psicofísicas por padecer dolencias o defectos físicos (claro antecedente al concepto de TES).

La Constitución Española, en el artículo 40.2, declara el deber por parte de los poderes públicos de fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. Además, en el artículo 43 de la misma ley se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete también a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

Es preciso remarcar que el mismo artículo 25 de la LPRL reprime la contratación de estos trabajadores en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa

ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

En base a la obligación del empresario a proteger al trabajador, artículo 14 de la LPRL establece el deber de protección que el empresario deberá asumir para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo", para lo cual "realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores"

A continuación repasaré la normativa reglamentaria vigente reguladora del colectivo especialmente sensible, relativa a su especial protección ante la exposición de varios riesgos.

La garantía de ocupación de un puesto de trabajo en la empresa, sin discriminación debido a la sensibilidad, la encontramos en el artículo 4.1. b) del Real Decreto 39/1997, por el que se aprueba el reglamento de servicios de prevención, apreciando " la posibilidad de que el trabajador que lo ocupe o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de dichas condiciones ".

Por lo tanto la legislación vigente nos indica que el empresario, tanto si asume propiamente la prevención, o si otorga la responsabilidad preventiva a un servicio de prevención o a trabajadores designados, ha de conocer e informar, así como proteger la situación del trabajador para que el plan de prevención sea un proyecto viable y efectivo para la integridad y la garantía del bienestar en la empresa. Los principios de la acción preventiva que el empresario debe aplicar vienen recogidos en el artículo 15.1 de la LPRL, en el que se asegura la aplicación de medidas generales que integren el deber general de prevención, como proteger colectivamente antes que individualmente, dar las debidas instrucciones, evitar los riesgos y planificar la prevención. La finalidad de la legislación es promover la seguridad, protección, descender las tasas de siniestralidad y proteger la salud entre los empleados, y en especial los TES, teniendo en cuenta sus capacidades profesionales a la hora de otorgar según

qué puesto de trabajo, como bien apunta el apartado 2 del mismo artículo.

Así, dentro de la misma ley preventiva, se contempla el adoptar las medidas necesarias en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores; vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores art. 22 LPRL

Otros reales decretos incluyen en sus preceptos garantías de protección para los trabajadores con especial sensibilidad. El RD486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo fija lo siguiente con respecto a los trabajadores discapacitados.

Así por ejemplo el RD 374/2001, de 6 de abril sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.

Destacar el RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo: " *Donde se cita que en la evaluación de riesgos deberá tener en cuenta los posibles efectos sobre la seguridad o la salud de los trabajadores especialmente sensibles a estos riesgos. "*

Otro ejemplo sería el RD 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas.

En relación con la vigilancia de la salud de los trabajadores, el artículo 37.2.g del Real Decreto 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, determina que el personal sanitario contribuye al estudio de prevención de los riesgos psicosociales que pueden suponer la especial sensibilidad.

3.2 Colectivos especialmente sensibles. Concepto y tipos de sensibilidad.

La Directiva 89/39/CEE de 12 de junio, promueve expresamente la protección de los grupos de personas expuestas a determinados riesgos especialmente sensibles.

Dentro de la normativa preventiva, el artículo 25 LPRL define los tres grupos de especialidad sujetos a ser TES: "*los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo*"

La aceptación de la situación especialmente sensible es distinto para cada grupo, debiendo comunicar de la situación al empresario.

- **Especialmente sensibles por sus características personales:** estas características intrínsecas del trabajador pueden ser originarias, es decir, que corresponden al trabajador antes de su contratación o una vez ya contratado, o sobrevenida, surgiendo así una sensibilidad a causa del propio puesto de trabajo y de las características del mismo puesto, lo cual supone un problema para el empresario a la hora de verificarlo.

En conexión con el art. 189 de la LGSS, podríamos entender que las características personales aludidas en la norma, hacen referencia a cualquier afectación, debilidad o enfermedad no discapacitante o inhabilitante, pero que exige de una especial atención en la encomienda de funciones o en la atribución de determinados trabajos, a fin de no agravar dicha patología.

Ello incluiría, no sólo enfermedades físicas o psíquicas tipificadas como tales, sino también afectaciones específicas no catalogadas como enfermedad (p.e. calambres, nerviosismo) o debilidades asociadas a determinadas contingencias vitales (edad avanzada)

- **Especialmente sensibles por su estado biológico conocido:** es necesario que el trabajador informe al empresario de la situación en la que se encuentra para que éste pueda otorgarle un puesto de trabajo acorde a su estado de salud y sin que ello conlleve a riesgos para la seguridad propia o de terceros. Si el trabajador no informa de su estado difícilmente se podrá adaptar el trabajo a la persona.

En todo caso, parece que se articulan dos vías posibles de acceso. De un lado, cuando el propio trabajador informa al empresario de su estado. De otro, a través de las medidas de vigilancia periódica de la salud, de acuerdo con las previsiones del art. 22 LPRL.

- **Especialmente sensibles con una discapacidad física, psíquica o sensorial**: gracias a la existencia del certificado del grado de incapacidad, emitido por el órgano correspondiente en cada comunidad autónoma, el empresario puede valorar la aptitud del trabajador para los puestos a realizar. No obstante esta situación puede aprobarse anterior o posteriormente a la contratación laboral.

Como bien hemos apreciado anteriormente, la normativa es escasa a la hora de definir a los TES, además de ser un concepto relativamente reciente. La ausencia de concepto legal establece que la jurisprudencia delimite su contenido y procedimiento de actuación para estos casos concretos (STSJ Castilla La Mancha 518/2002, de 21 de marzo de 2002 (AS 2002\1636).

3.3. Obligatoriedad del deber de protección específica frente a los trabajadores especialmente sensibles.

Como bien vimos anteriormente, el deber de protección del empresario atribuido por el artículo 14 de la LPRL, implica el desarrollo de una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención... a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo. A continuación conoceremos algunas de las acciones preventivas que llevan a cabo los TES y las peculiaridades de cada una.

Además, El empresario aplicará las medidas que integran su deuda de prevención inspirándose en una serie de principios tipificados en el art. 15.1 LPRL, entre los que su apartado d) incluye el de adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción necesarios.

3.3.2 Formación adecuada y suficiente

El artículo 19 de la LPRL exige la obligación empresarial de formar teórica y prácticamente al trabajador, de forma adecuada y en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. Entendemos por adecuada a que la formación tendrá en cuenta la sensibilidad de los trabajadores a la hora de su redacción y impartición.

La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario. La formación por lo tanto será específica sea cual sea la condición del trabajador, en relación a sus características individuales y tareas profesionales.

3.3.3 . Limitación de adscripción a determinados puestos en la contratación.

El artículo 25 de la LPRL limita la contratación siempre que los trabajadores que por sus características personales, estado biológico o discapacidad reconocida se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, no siendo por tanto discriminatorio el despido justificado por ésta limitación.

En relación con las condiciones psicofísicas, a la hora de llevar a cabo la selección del personal a contratar (o de decidir sobre la conveniencia de un cambio de puesto) se tendrá que

tener en cuenta la posible pertenencia del mismo a determinados colectivos:

1. Situación certificada de discapacidad. Obviamente, será necesario conocer con antelación los riesgos del puesto antes de efectuar la contratación. Se deberá prestar especial atención a aquellos trabajadores que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, no empleándolos en trabajos en los que a causa de sus características personales puedan generar un peligro tanto para sí mismos como para sus compañeros.
2. Estado biológico (mujeres embarazadas o de parto reciente). Deberá evitarse la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o de parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, adoptándose las medidas necesarias para evitar la exposición a dichos riesgos, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo (y, de no ser posible, asignándoles otro puesto de trabajo compatible con su estado o, en última instancia, pasando la trabajadora a la condición de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo).
3. Por sus características personales (menores de edad). Deberán tenerse especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes, derivados de su falta de experiencia, de su falta de madurez para valorar los riesgos existentes o potenciales o de su desarrollo todavía incompleto. A efectos de la limitación o prohibición del trabajo de los jóvenes deben tenerse en cuenta, además de las restricciones impuestas por normativas específicas, el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre trabajos prohibidos a menores y la Directiva 94/133/CE del Consejo, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

3.3.4 Vigilancia de la salud

La garantía del derecho a la vigilancia de la salud se recoge en el artículo 22.1 de la LPRL diciendo lo siguiente: *"El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo"*

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En el caso de trabajadores especialmente sensibles frente a exposiciones a agentes químicos resulta ser un ejemplo de la obligatoriedad del reconocimiento médico.

Los reconocimientos médicos ante los trabajadores sensibles deben ser obligatorios, debido a su peculiar situación, garantizando que las condiciones del trabajo y/o las tareas a realizar no suponen un riesgo para la seguridad y la salud propia y de terceros, y pueden realizar su trabajo en las mejores condiciones., limitando estos reconocimientos a los posibles riesgos existentes o futuros.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo".

Es necesario resaltar que, así como para las discapacidades puede bastar el informe de reconocimiento de dicha incapacidad por parte del órgano o persona que lo reconoció, en el caso de las características personales (menor de edad) o estados biológicos (embarazo) será necesario una evaluación de la salud del trabajador o, como sería el caso de la maternidad, la manifestación de dicha característica y la pertinente comprobación por parte del empresario.

Esto nos lleva a considerar la vigilancia de la salud como un instrumento para considerar singularmente al trabajador y detectar aquellas características personales o estado biológico conocido que les haga especialmente susceptibles a los factores de riesgo existentes en su puesto de trabajo futuro o actual, con el fin de proteger y prevenir nuevas situaciones de TES.

El despido por omisión de datos clínicos o personales será nulo (art. 18 CE); únicamente improcedente si la causa de la resolución es la falta de capacidad por enfermedad, pues la jurisprudencia no lo estima discriminatorio.

3.3.5 Documentación y notificación

En este apartado se consignarán tan sólo las obligaciones documentales y de notificación relativas a la vigilancia de la salud que se señalan en la LPRL, remitiendo al lector a la normativa específica para documentarse sobre las obligaciones documentales particulares de los riesgos específicos.

Dichas obligaciones y sus contenidos relativos a la vigilancia de la salud tienen como objetivos básicos los de posibilitar las labores de inspección por parte de la autoridad sanitaria, disponer de información fiable para el desarrollo de las actividades de prevención de riesgos laborales por parte de los servicios de prevención, facilitar el establecimiento de prioridades en salud laboral a todos los niveles tanto nacionales como internacional y facilitar el estudio de la posible relación causa-efecto derivada de la exposición a condiciones de trabajo inadecuadas.

Según el artículo 23 de la LPRL, el empresario debe elaborar y conservar la documentación generada por la práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores así como las conclusiones obtenidas de la misma. En general, el contenido de dicha documentación debe incluir el tipo de control realizado, su temporalidad, los trabajadores afectados, la metodología y técnicas utilizadas, el personal que ha realizado los controles y los resultados y conclusiones de las mismas.

Se debe añadir la obligación de documentación de todas aquellas enfermedades profesionales y accidentes de trabajo que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo. Es conveniente repetir que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará a las autoridades sanitarias y al personal médico que lleve a cabo la vigilancia de la salud.

La obligación de notificación empresarial sobre los daños para la salud de los trabajadores se recoge también en el artículo 23, apartado 3. Se debe resaltar que dicha notificación alcanza no tan sólo a las EEPP si no a todas aquellas patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo (accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y enfermedades relacionadas con el trabajo).

El personal sanitario del servicio de prevención estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a los menores y a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y propondrá las medidas preventivas adecuadas.

4. Transposición de las medidas preventivas para los TES.

En base del mismo artículo 25, el empresario o el servicio contratado para la organización preventiva debe elaborar medidas preventivas y protectoras una vez evaluados los riesgos, estimando el nivel de riesgo que conlleva, e intentando controlar, eliminar o reducir la situación de riesgo que puede padecer el TES, y descartando así puestos donde los trabajadores no pueden ser empleados debido a su situación personal, discapacidad, estado o situación transitoria y generen riesgo a las personas de su entorno o a sí mismo.

Ésta situación deberá ser incluido y tratado con singular atención en la evaluación de riesgos, considerando los posibles riesgos que la influencia del puesto de trabajo conlleva y que, en atención a sus propias circunstancias, pueden ser más susceptibles a determinados riesgos. en la planificación de la actividad preventiva, y necesariamente en el plan de prevención, facilitando el conocimiento de dichas situaciones en la empresa y el órgano preventivo,

elaborado conforme el artículo 16 de la LPRL.

Los técnicos en prevención, el recurso preventivo o el mismo empresario puede detectar los riesgos, evaluarlos y establecer medidas preventivas gracias a informes psicosociales que muestren la aptitud, estado y validez del trabajador con los puestos de trabajo, a causa de su especial sensibilidad. Por eso, es fundamental evaluar los factores que pueden ocasionar el accidente laboral, y los riesgos más susceptibles de padecerse por los los TES.

A pesar de la citación de la aplicación de medidas del artículo 25 de la misma ley, la normativa preventiva es escueta desarrollando la regulación de este colectivo, ya que no especifica qué tipo de medidas adoptar, todo lo contrario a las medidas establecidas en el artículo 26 sobre casos de maternidad y lactancia.

Es por eso que, varias sentencias judiciales han configurado las medidas del artículo 26, en base a la maternidad y la lactancia de la trabajadora para regular las medidas preventivas y adaptarlas a los TES, salvando algunas diferencias que veremos más adelante.

En general, será preciso: Evaluar los riesgos susceptibles de padecer los trabajadores especialmente sensibles. Si se han evaluado y no pueden evitarse, se deberá adaptar el puesto y las condiciones de trabajo al empleado para garantizar su seguridad y salud.

Como última opción, y en caso de no haber movilidad, el empresario podría despedirle por causas objetivas del artículo 52 del Estatuto de los trabajadores, en concreto, por el supuesto letra a), detectando ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, ya que su relación contractual se puede ver limitada por la temeridad de su actividad particular hacia la seguridad general de la empresa, así como personas ajenas.

Cabe decir que el empresario no adoptará las medidas preventivas hasta el conocimiento de la especial sensibilidad o de la gravedad del riesgo del empleado o empleada. Pasaremos a analizar la actividad preventiva planteada para los TES.

4.1- Evaluar los riesgos laborales

Además de la evaluación general de riesgos laborales de todos los puestos (artículo 16 LPRL) , será preciso una evaluación de riesgos específica, cuando se prevea la incorporación de un TES, cuando se conozca o aparezca en la empresa ésta situación, o cuando un trabajador corriente sea TES debido a un cambio en las condiciones de trabajo. La importancia de la evaluación de riesgos laborales, justificada en el artículo 14 de la LPRL, reside en identificar y garantizar la repercusión de la especial sensibilidad con la actividad laboral del trabajador, realizando las revisiones oportunas para llegar a una conclusión. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha del año 2002 muestra la importancia de realizar la evaluación de riesgos a tiempo para calificar la ineptitud sobrevenida del trabajador debido a la carencia de más puestos compatibles con su especial sensibilidad. ¹

“...el examen médico del trabajador por la entidad que presta el servicio de prevención de riesgos laborales a la empresa demandada, que se ha llevado a cabo precisamente por solicitud expresa del propio trabajador; muestra que éste no presenta aptitud para el desempeño de su cometido habitual, al presentar limitación para los trabajos realizados en altura y para el manejo de pesos y cargas superiores a los 10 kg., cuando tales cometidos son los que necesariamente habría de realizar en su puesto de trabajo habitual. La idoneidad de tal informe para determinar la aptitud laboral del trabajador no es cuestionable, al venir así establecida por la propia Ley de Prevención de riesgos laborales...”

“...De otro lado, dadas las características de la empresa, tras la oportuna valoración probatoria llevada a cabo por el Juez de instancia, no existe otro puesto de trabajo al que pueda ser destinado el demandante, que no resulte afectado por tales limitaciones, por lo que cabe concluir que la extinción del contrato del actor por la causa contemplada en el art. 52 a) del ET es conforme a derecho, como así lo ha entendido la sentencia de instancia, cuya confirmación procede, con desestimación del recurso formulado...”

1STSJ. 42/2012 de 19 de enero

4.2- Adaptación del puesto y condiciones de trabajo:

En virtud del artículo 26, sobre la protección de la maternidad, y el proceso a seguir en la adaptación del puesto de un trabajador, en las resoluciones judiciales se tiende a adaptar la regulación del preceptivo artículo y realizan una adaptabilidad para los TES, por lo que necesitan una protección y adaptabilidad del puesto razonable y ajustada a derecho, *"si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre los TES, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de un adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo del trabajador/es afectado/s."*

Entre las medidas apropiadas se encuentra la modificación de las condiciones de trabajo. En primer lugar aquellas que no comportan cambio de funciones, como son las relativas a la jornada de trabajo y con ello a horarios, sistema de trabajo a turnos o turnos de trabajo, y en última instancia a las funciones, en todo caso previa evaluación empresarial de las condiciones de referencia o del nuevo puesto o las nuevas funciones a asignar, con la finalidad de descartar cualquier riesgo o peligro para el propio trabajador, sus compañeros o terceras personas.

En el caso de no poder adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo, o que sigan habiendo consecuencias negativas, deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El empresario intentará un cambio locacional como primera medida, si de ésta forma puede evitarse el riesgo con un cambio de puesto físico dentro del centro sin cambio de funciones.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible dentro de su categoría profesional, y que exista vacante que no le exigiese cambios funcionales, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto

no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conocido como movilidad funcional por el artículo 39 del ET.

Si bien, conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen, ya que lo contrario supondría un enriquecimiento inapropiado del empresario, ostentando una imprudencia ilegal.

A continuación comentaré la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, de fecha 11 de marzo de 2008². El supuesto de hecho se refiere a una pretensión de movilidad con carácter definitivo, con cambio de puesto y condiciones de trabajo, debido a una especial sensibilidad derivada a un problema de salud por el trastorno nocturno del sueño, y aprobando la medida preventiva oportuna debido al riesgo psicológico expuesto.

“...en las dolencias que en la sentencia se declaran probadas, consistentes en hipertensión arterial, epilepsia, hernia discal con mal control tensional en trabajo nocturno, y alteraciones del sueño, recomendándole su médico de cabecera la exención de los trabajos nocturnos ...”

“...El mencionado artículo 25 de la LPRL no contempla expresamente el derecho al cambio, temporal o definitivo, de puesto de trabajo, pero el art. 14.2 de la LPRL, que impone a la empresa la obligación de “garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, adoptando a tal efecto “cuantas medidas sean necesarias...”

“...en el caso de que no resulte posible o suficiente la adaptación o adecuación del puesto de trabajo, con adopción de medidas preventivas, al efecto de suprimir o eliminar el riesgo al que el trabajador es especialmente sensible por las singulares condiciones de su estado de salud psíquica o física, en tal caso le es exigible a la empresa la medida consistente en la movilidad o cambio de su puesto de trabajo, para alejar al trabajador de aquellas

2 STSJ 62/2008 de 11 de marzo.

condiciones que en su caso individual representan un mayor riesgo que para el resto de trabajadores..."

"...al quedar acreditados los problemas de salud de carácter grave del demandante, éstos operan como causa objetiva que le faculta para exigir el correspondiente cambio de turno. El cumplimiento de la sentencia comportaba la adscripción fija al turno de día del actor, con el efecto reflejo consiguiente en la rotatividad para los demás trabajadores sujetos a dicho régimen de trabajo a turnos..."

"...La sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social estimó la demanda, condenando a la empresa a destinar al demandante a un puesto de trabajo diurno para el que fuera profesionalmente apto. Dicho pronunciamiento fue confirmado en grado de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia..."

Otro ejemplo de sentencia que se muestra a favor de la adaptación del puesto de trabajo para el TES debido a un trastorno psicológico, es la del Tribunal Superior de Justicia, de Cataluña del 2013³, encuadrándolo en el artículo 25 de la LPRL y aprobando la necesidad de establecer medidas preventivas ante tal caso.

"...A partir del 16 de septiembre de 2009 inició una situación de incapacidad temporal por empeoramiento de su salud, a causa de una reagudización severa de su cuadro ansioso-depresivo"... "...según afirma el recurrente esta valoración médica se fundamenta en el informe de valoración médico-psicológica, de 23 de abril de 2010, del Dr. Evelio, Psicólogo, que concluye de forma clara que cabría considerar su consideración de trabajador Especialmente Sensible del artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales..."

"...Y en relación con la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo procede condenar a la Administración demandada a que en el plazo improrrogable de dos meses compruebe si a partir del 1 de septiembre de 2009 persistían las mismas circunstancias

3STSJ. 26/2013 del 11 de enero

de salud existentes a 31 de agosto de 2009 y a que, en función del resultado del examen o informe médico del recurrente, proceda a dictar una resolución conforme a Derecho acordando, en su caso, la adaptación del puesto de trabajo a partir del 1 de septiembre de 2009, sin que podamos entrar a examinar otras circunstancias ajenas a la cuestión aquí controvertida y menos aún pronunciarnos sobre actos administrativos sujetos a revisión jurisdiccional."

Por lo contrario, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha del 28 de enero del 2008⁴, desestima la aprobación de la adaptación del puesto de trabajo ya que el empleado ha actuado de forma imprudente frente a su especial sensibilidad, actuando de forma temeraria ante su situación, eximiendo entonces el empresario su deber de protección.

"...como razona la magistrada a quo, el hecho de que, ante el cambio de turno, el actor haya desatendido sus hábitos y el régimen pautado por su facultativo según exigen las prescripciones propias de la enfermedad no puede identificarse sin más con un perjuicio motivado en sí por el propio turno, pues resulta evidente que, como en cualquier otro trabajador no especialmente sensible a los riesgos laborales, el cambio de turno, cuando éste era fijo de mañana al de tarde, causa un cierto desorden organizativo o incluso psicológico inicial que precisa de una etapa de adaptación. En este caso simplemente no se han aplicado por el actor las pautas o hábitos que el nuevo horario le exigía y ha incurrido en una desatención personal que le ha provocado el aumento de glucemia al que alude ..."

"...En suma, no se aprecia que el cambio de turno en cuestión sea causa de exposición del trabajador recurrente a un mayor riesgo laboral que deba motivar, con objeto de dar debido cumplimiento al deber empresarial establecido en el art. 25.1 LPRL y al derecho constitucional a la protección de su salud en el trabajo (art. 40.1 CE), un cambio de turno para preservar la integridad de la salud, pues no se ha demostrado que el mismo sea causante de variación alguna en perjuicio de ésta..."

4STSJ nº629/2008 de 28 de enero

Otra sentencia favorecedora de la adaptación del puesto de trabajo para un trabajador especialmente sensible al cual le certifican una minusvalía, es la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha del año 2013⁵.

“...se reconoce al trabajador un grado de minusvalía del 65,50 %, asignándole un porcentaje global de discapacidad del 57 por ciento....protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos art. 25.1 LPRL. Es también una obligación de medio y no de resultado; de contenido variable; de imposible traslado a otros sujetos implicados en la protección; y sin que el costo de la protección laboral pueda recaer sobre los trabajadores...”

“...En relación con la adaptación de puesto de trabajo llevado a cabo en el centro y de la situación actual de las condiciones de trabajo de esta trabajadora, la jefatura de estudios del centro nos comunica en conversación telefónica lo siguiente: 1º. Se ha procedido al cambio de las Fotocopiadoras a un espacio con ventilación.- 2º Se ha liberado a los trabajadores/as de consejería de cerrar las puertas de las aulas, tarea que hacen los docentes de cada aula.- 3º La apertura y cierre de la puerta principal del centro, se hace a través de un sistema automáticos asociados al timbre e la puerta.- 4º. Se deja autonomía en la organización del tiempo y carga de trabajo a lo largo de la jornada laboral.”

4.3- Cambio de puesto de trabajo.

Si no hemos podido eliminar el riesgo o ante imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo, deberemos cambiar el puesto de trabajo a uno exento de riesgos para el trabajador. No obstante, la LPRL no especifica ésta medida para los TES, aunque la jurisprudencia los aplica de forma extrapolable al apartado 2 del artículo 26 de la LPRL. A pesar de ello, existen ciertas diferencias entre las embarazadas y los TES, perteneciendo éstas también al colectivo especialmente sensible. La recolocación se realizará en virtud de la obligatoriedad y temporalidad del cambio de puesto, manteniéndose los complementos salariales, incluidos los no consolidables, mientras que en el caso de los TES no. A continuación comentaré las

⁵ STSJ. 00813/2013 del 18 de junio.

sentencias que debaten ésta polémica cuestión con más detenimiento.

4.4- Suspensión del contrato

Si aún así no es posible solventar la situación, en última instancia se prescindiría de la relación contractual por la vía del artículo 52, letra a, por ineptitud sobrevenida del trabajador, y no ser compatible con ningún puesto de trabajo en la empresa. Antes que despedir al trabajador por no poder otorgarle empleabilidad se exigen los supuestos anteriormente descritos, considerándose despido discriminatorio y por tanto nulo las actuaciones empresariales que opten por la extinción de la relación laboral antes que la adaptabilidad al puesto, tal como expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el año 1999.

5. Resoluciones judiciales sobre la acción preventiva aplicada a los TES

Como bien dijimos anteriormente, la normativa preventiva incluye la necesidad de proteger a todos los trabajadores y de forma específica a los TES, adaptando su puesto de trabajo e incluso realizando un cambio de puesto, para cualquier hipótesis de trabajador especialmente sensible a determinados riesgos presentes en un puesto de trabajo que ya está desempeñando, así como la prohibición de aquella variación de puesto cuando suponga un perjuicio de su estado, garantizando por parte del empresario la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio.

Es trascendental recordar que el empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas, según el artículo 15.2 LPRL, limitando y excluyendo por tanto al trabajador especialmente sensible que no reúna la capacidad y conocimiento adecuado, justificando el posible riesgo propio o a terceros.

En defecto de la ausencia de regulación establecida por la normativa laboral acerca de las condiciones de trabajo o de movilidad sobre los trabajadores especialmente sensibles y de negociación colectiva, me he basado en las decisiones o fallos dictaminados por los tribunales superiores de justicia, y he podido obtener así jurisprudencia para poder regular los vacíos legales y comentar la discrepancia dentro de los mismos órganos jurídicos sobre la resolución del reconocimiento de la acción preventiva, analizando cada caso en particular.

Los Tribunales suelen vincular el derecho del trabajador especialmente sensible a una atención particularizada de sus condiciones laborales, superando el alcance que establece la normativa preventiva para éste colectivo. Ostentamos situaciones como podrían ser la modificación de condiciones de trabajo, el cambio de puesto, o la movilidad geográfica para cualesquiera hipótesis de trabajador especialmente sensible a determinados riesgos presentes en un puesto de trabajo que ya está desempeñando, así como la prohibición de aquella variación cuando sea un perjuicio del estado de quien padece tal especialidad.

La normativa en prevención de riesgos laborales deja claro el deber del empresario de otorgar un puesto de trabajo seguro y confortable para cualquier trabajador.

Como veremos a continuación a través de varios comentarios de sentencias, para los tribunales españoles, resulta bastante habitual vincular el derecho del trabajador especialmente sensible a una atención específica a sus condiciones laborales con el extenso deber empresarial implícito, es decir, otorgando las medidas preventivas que sean precisas, aunque existe dualidad de opiniones debido a la dificultad de apreciar la especial sensibilidad o de catalogar su severidad.

La siguiente sentencia falla a favor de la movilidad funcional del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el año 2010, debido a una especial sensibilidad sobrevenida y la equiparación del deber de protección para éstos trabajadores en igualdad de condiciones que cualquier otro empleado, pese al vacío legal del artículo 25 de la LPRL. ⁶

⁶ TSJ País Vasco de 23 de febrero de 2010

"...A tenor de lo previsto en el artículo 25.1 de esta Ley, el empleador del actor estaba obligado a tomar en consideración esos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de ellas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias para garantizar su seguridad y su salud, así como las de los usuarios del servicio. Pues bien, aunque dicho precepto no reconoce expresamente el derecho del trabajador al cambio de funciones o de puesto de trabajo en los supuestos de disminución sobrevenida de la capacidad física, psíquica o sensorial, cuando menos hay que entender que del mismo deriva un derecho preferente del afectado a ocupar los puestos vacantes adecuados a su capacidad residual, de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa, pues tal derecho es consecuencia obligada de la opción legal por el mantenimiento del Trabajador especialmente sensible – preferencia a ocupar vacante compatible con su salud ..."

"...Y es en este contexto normativo, en el que debe situarse el Acuerdo del Comité de Seguridad y Salud de la anterior adjudicataria en el que "en cumplimiento de la LPRL entiende la empresa que se debe atender a aquellas situaciones en las que los trabajadores acrediten documentalmente estados de salud, que aconsejen una movilidad funcional a vacantes que se produzcan en el puesto de conductor maniobras noche". Corolario de lo expuesto es que el fundamento del derecho preferente del actor a ocupar esa vacante no radica en el mencionado Acuerdo, sino en lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales , resultando exigible a la nueva adjudicataria al margen de lo establecido en el mismo..."

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, del 7 de septiembre de 2005 estima la recuperación del mismo o similar puesto de trabajo realizado con anterioridad a la incapacidad temporal ocasionada por su especial condición. ⁷*"...pudiendo acudir legalmente al contrato de interinidad para cubrir temporalmente dicho puesto de trabajo (artículo 15.1 c) ET); ni, en fin, el ofrecimiento empresarial de hasta ocho puestos de trabajo diferentes, todos ellos rechazados por el trabajador, porque se trata de un derecho a ocupar el mismo puesto de trabajo que ocupaba antes de la incapacidad temporal*

7 STSJ .1118/2005 del 7 de septiembre

del que el trabajador es titular y que por ello no puede ser ni obviado ni alterado por la voluntad unilateral del empresario...”

“...En conclusión, el trabajador recurrente, no sólo tiene derecho a ser repuesto al mismo puesto de trabajo que ocupaba antes de la declaración de incapacidad temporal, en virtud del artículo 48.1 ET, sino que para dar cumplimiento al artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dicha reposición deberá realizarse en la línea automática de la pulidora, para evitar la realización de esfuerzos físicos o levantamientos de peso, contraindicados para las limitaciones físicas que padece...”

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de la Sala de lo Social, perteneciente al año 2009, deniega la aprobación del cambio de puesto, dentro del deber del empresario, justificando la falta de un puesto de trabajo compatible con el trabajador, debido a la ausencia de ocupación.⁸

“...La sentencia de instancia acertadamente razona que esa obligación de salud y seguridad no puede llevarse a sus últimas consecuencias obligando al empresario al cambio o adaptación del puesto de trabajo en cualquier caso, creando para la actora un "trabajo a la carta". Y es que, en efecto, acreditado que en el supuesto enjuiciado la empresa ofreció a la actora distintas alternativas para que el desempeño de su trabajo le resultase más liviano, lo que no resulta admisible es imponer al empresario la asignación de un puesto de trabajo que no existe, ya que dentro de la categoría profesional que ostenta la actora todos los trabajadores de la empresa desempeñan las mismas funciones asistenciales, o asignarle funciones en el centro de día cuando no existe actualmente vacante. Y, habiéndolo apreciado así la Magistrada de instancia, no incurrió en ninguna de las infracciones denunciadas, debiendo desestimarse el recurso y confirmar el pronunciamiento de instancia...”

8. STSJ 65/2009 de 25 de marzo

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del año 2009 se exigió al empresario un recargo de prestaciones debido a la falta de adopción de medidas de seguridad y salud para un trabajador especialmente sensible, el cual le diagnostican incapacidad permanente total.⁹

“...resulta patente por parte de la Administración Pública demandada un incumplimiento del deber que tiene el empresario de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, y a la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, obligaciones todas ellas que no fueron sido cumplidas por el DEPARTAMENT DE POLÍTICA TERRITORIAL I OBRES PUBLIQUES DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, estando en relación directa tales incumplimientos con el resultado lesivo producido en la salud del trabajador, pues si bien consta acreditado que éste no presentaba al inicio de su relación laboral síntoma alguna de incapacidad para el desarrollo de la función propia de la actividad laboral encomendada por la empleadora...”

“...De lo anteriormente expuesto, que se desprende del incombustible relato de hechos probados, se pone de manifiesto que el trabajador sufre unas lesiones físicas consistentes en "rinitis alérgica al polen, sintomatología irritativa a sustancias irritantes derivadas del petróleo, acetato de etileno y derivados, sensibilidad frente a sustancias irritantes/sensibilizantes" por causa de su exposición, como consecuencia de su actividad laboral, a sustancias orgánicas derivadas del petróleo o el asfalto por las que ha sido declarado en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional...”

El fallo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra del año 2013 resuelve a favor de la consideración del grado de incapacidad laboral de la trabajadora especialmente sensible, debido a la imposibilidad de adaptar o moverlo funcionalmente, ya que incapacita para las funciones propias e habituales de la actora.¹⁰

9. STSJ 7369/2006 23 de enero

10 STSJ 195/2013, de 19 de julio

“...la realización de las tareas propias del puesto de trabajo no puede estimarse normal ni accesible por parte de la trabajadora, que enfrenta situaciones de penosidad apreciable en su desarrollo normal y de reiterada agudización de su sintomatología y de sus episodios álgicos, cuya insistencia solamente puede ser explicada como la consecuencia de una inhabilidad para la atención de los quehaceres correspondientes a su profesión en condiciones de normalidad, eficacia y rendimiento que difícilmente pueden estimarse subsistentes cuando la permanencia en el puesto de trabajo ha comportado y sigue comportando esa ya repetida sucesión de episodios de baja motivados, precisamente, por sus persistentes dolencias...”

“...Por todo lo expuesto, estima esta Sala que en el caso presente concurre un supuesto de práctica incapacidad para la realización de las funciones propias de la profesión habitual de la actora, de conformidad con el tenor del invocado artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que se estima procedente el reconocimiento solicitado del grado total de incapacidad laboral...”

6. Conclusiones

Las conclusiones que he podido obtener de mi trabajo es que los TES suponen un colectivo importante en el mercado laboral, y está integrado y regulado en leyes, reales decretos y normativas directivas europeas. De forma implícita, la normativa preventiva obliga al empresario a proteger al trabajador con la debida sensibilidad.

No obstante, destaco la carencia de normativa reguladora, sobretodo en el ámbito preventivo de los trabajadores especialmente sensibles y las medidas de protección específicamente necesarias, lo contrario a los casos contemplados para las medidas preventivas en caso de maternidad, siendo éstas también trabajadoras especialmente sensibles.

Es por eso que, la falta taxativa del legislador sobre la " protección necesaria", realizo una investigación sobre la jurisprudencia acerca de los TES, obteniendo distintos enfoques jurídicos de los tribunales superiores de justicia españoles, comparando y comentando las sentencias a favor y en contra de la aprobación de medidas preventivas para solventar el riesgo a la seguridad y la salud de los TES, debido a los riesgos ocasionados por las condiciones de trabajo.

La jurisprudencia, de forma habitual, tiende a aprobar la necesidad de extrapolar el derecho por parte del empresario a otorgar las medidas de protección necesarias de los casos de maternidad, las cuales serían: en primer lugar, evaluar los riesgos generales y específicos del trabajador. Si tras la evaluación se han detectado riesgos, se debe adaptar el puesto de trabajo. En el caso de no ser posible, se deberá movilizar funcionalmente a un puesto similar en la empresa, y en defecto de ello, movilizar geográficamente al TES. En última instancia, la posible solución sería despedir improcedentemente e indemnizar al trabajador, justificándolo con la imposibilidad de adaptar u ofrecer un puesto de trabajo.

Los análisis de las sentencias, que han consolidado jurisprudencia en relación a los TES, me han servido para completar la regulación establecida, tanto por la normativa europea , como la

constitución española, la legislación laboral, con el fallo de los tribunales españoles sobre la posibilidad de impartir o no medidas preventivas comentadas anteriormente, así como el tipo de medida sería viable.

Como acertadamente afirman los Tribunales, aun quedando amparada la alteración funcional en determinados casos, el empresario no está obligado a crear un puesto acorde al estatus del interesado (sin perjuicio de otra previsión en convenio o de que el derecho quede expectante hasta la existencia de ocupación adecuada); Aún así, existen criterios, de forma justificada, que permiten concluir la presencia de vacante idónea y, por tanto, la inadmisibilidad de la negativa empresarial. No obstante, el deber de protección puede extinguirse ante la recuperación del trabajador o la declaración de incapacidad dentro del régimen de la seguridad social, o por falta de certificación de la especial sensibilidad.

Igualmente, cabe concluir que al empresario corresponde la selección del destino apto, de forma tal que el trabajador no ostenta un derecho a elegir el concreto puesto de trabajo; lo que sí es admisible es que en cumplimiento del deber genérico de prevención, los Tribunales analicen si el ofertado por la empresa se ajusta a los requisitos precisos de posibilidad de desempeño, dadas las características físicas del trabajador o si existe vacante en otro que sí se ajusta.

La imposibilidad de actuar en el sentido correcto, o la de alcanzar a través de tal vía la tutela integral de la salud e integridad del trabajador, no determina, sin más, la justificación de una suspensión o resolución contractual;

Antes al contrario, parece imprescindible intentar con carácter prioritario evaluar el puesto de trabajo, adaptar el trabajo a la persona, establecer la movilidad funcional o geográfica (pese a los inconvenientes que a todos se ocurren), perfectamente compatible con la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual o con la situación de incapacidad temporal y sin posible excepción en atención a la naturaleza o duración del vínculo contractual que liga a las partes.

En conclusión, el empresario, en base a la legislación y la jurisprudencia comentada, tiene el deber de velar por la seguridad y la salud del trabajador de forma íntegra, sin discrepancia de cualquiera sea el estado del trabajador, siempre que esté dentro de sus posibilidades establecer las medidas preventivas precisas.

7. Referencia bibliográficas

Monografía

- García J.I, Agut M.C, Garrigues M.A, Arrizabalaga, J., Ballester, I. (et al). Lecciones sobre la ley de prevención de riesgos laborales. 1 Edición. Castellón de la Plana: Universidad Jaume I, D.L 1997.
- Mellado C.A, Agún J.J, Barra M.C, Estardid F, Fabregat, G, Garcia G...(et al). Prevención de riesgos laborales. Instrumentos de aplicación. 2ª Edición. Editorial tirant lo blanch 2010.
- Moreno, A. Ley de prevención de riesgos de los trabajadores especialmente sensibles. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.
- Agra Viforcós, B. La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral. León. 2008. 1-24.

Jurisprudencia. Tribunales Superiores de Justicia:

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 1118/2005 de 7 de septiembre.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 7369/2006 de 23 de enero.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 65/2009 de 25 de marzo.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 629/2008 de 28 de enero.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 26/2013 del 11 de enero.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 62/2008 de 11 de marzo.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 195/2013, de 19 de julio.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 813/2013 del 18 de junio.

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm 42/2012 de 19 de enero.

Webgrafía:

- Nota Técnica de Prevención 471: La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales. Instituto Nacional de Salud e Higiene en el trabajo. 1998. Citado el 03/04/2015. Disponible en :
http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NTP/Ficheros/401a500/ntp_471.pdf
- Asepeyo.com. Asepeyo servicios de prevención. 2014. Acceso el 02/01/2015.
[http://www.spasepeyo.es/websp/newsjuri.nsf/0/19F571A33449B7B5C12577810044DB59/\\$FILE/AREA%20JURIDICA%20-4.29%20Trabajador%20especialmente%20sensible%20-%20preferencia%20vacante%20compatible%20salud.pdf?Open](http://www.spasepeyo.es/websp/newsjuri.nsf/0/19F571A33449B7B5C12577810044DB59/$FILE/AREA%20JURIDICA%20-4.29%20Trabajador%20especialmente%20sensible%20-%20preferencia%20vacante%20compatible%20salud.pdf?Open)
- Conectapyme.com. Guía para la protección de trabajadores especialmente sensibles. 2013.

21/03/15. <http://www.conectapyme.com/documentacion/2010trabajadoressensibles.pdf>

- ISTAS.com. Organización del trabajo, salud y riesgos psicosociales. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. Edita ISTAS. 2006. Acceso el 10/05/2015 . Disponible en: <http://www.istas.net/web/portada.asp>.
- Cendoj.com. Consejo General del Poder Judicial.. 2014. Citado el 10/08/2015. Disponible en: <Http://:www.cendoj.com>
- Tirant Online. Tirant lo Blanch. 2015. Citado el 12/08/2015. Disponible en: www.tirantonline.com.

Legislación:

- Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco). 12/06/1989.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE núm.75. 29/03/1995.
- Constitución Española 1978. Publicado en BOE núm. 311. 29/12/1978.
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Publicado en BOE nº 269. 10/11/1995.
- REAL DECRETO 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. BOE nº 27. 31/01/1997.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 154. 29/06/1994.

