

La tutela de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos en el desarrollo de su relación laboral

Recibido: Octubre 2008
Aceptado: Mayo 2009

Beatriz Agra Viforcós
bagrv@unileon.es
Universidad de León
Fac. de Ciencias del Trabajo
Campus de Vegazana, s/n
24071 León (España)

La LPRL otorga protección genérica a todo trabajador y diferenciada a determinados colectivos, entre ellos los denominados especialmente sensibles. Así, su art. 25 prohíbe adscribir al sujeto a tareas cuyo desarrollo implique peligro para él o terceros debido a las características personales, estado biológico, discapacidad u otra situación transitoria durante la cual no responda a las exigencias psicofísicas del puesto; contexto idóneo para convertir a la vigilancia de la salud en instrumento de selección de mano de obra y en amenaza para intimidad e igualdad. También impone al empresario una atención particularizada, y adoptar medidas preventivas y de protección adecuadas, respecto a empleados cuya sensibilidad surja o sea conocida vigente la relación; el principio de adaptación del trabajo al trabajador exige alejarle del riesgo, forzando, incluso, la movilidad funcional o

The LPRL provides, with a generic protection for all employees, a specific one, aimed at certain groups; one of this, the "especially sensitive workers". In such a way that its article 25 bans ask the employee, in view of his state of health or capacity, to carry on potentially dangerous activities, for him o for other people. In this context, the surveillance of workers' health condition is a good selection test for the labour and a threat for private life and equality. Also imposes to the entrepreneur a single attention and the obligation of adopt the right preventive and protective measures as regards the employees whose sensitive arises or is known current the labour relation. The principle of adapt the work to the worker requires to move him away from the risk, even forcing the mobility between functions or places

geográfica (no condicionadas al origen profesional de una eventual dolencia), o impidiéndola, y convirtiendo a la extinción en *ultima ratio*. 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.

Palabras clave: trabajador especialmente sensible, prevención de riesgos, modificación de condiciones, extinción.

(or, even, banning the transfer to a workplace dangerous for him) and turning the dismissal into the last option. The dismissal with origin in the omission of clinical or personal information will be annulled (art. 18 CE); only unfair dismissal if the reason is the lack of capacity because illness, due to according to jurisprudence, it is not discriminatory.

Key words: especially sensitive worker, safety in the workplace, changes to working conditions, dismissal.

1. INTRODUCCIÓN

Constituye lugar común en la doctrina la afirmación del radical cambio que la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), vino a significar en el panorama productivo español. Ríos de tinta han corrido para poner de manifiesto que, tras tan importante texto normativo y en aras a una mayor satisfacción de los objetivos constitucionales, la perspectiva frente a la siniestralidad laboral ha de mutar, superando de una vez por todas los viejos enfoques anclados en la faceta eminentemente asistencial o reparadora para asumir con plenitud un punto de vista prioritariamente preventivo¹ y proyectando una visión dinámica y global capaz de exceder de la lucha contra el accidente de trabajo y la enfermedad profesional en los términos aquilatados por el ordenamiento de la Seguridad Social, tal y como se extrae del art. 4 LPRL en su definición de riesgo y daño laboral².

Bajo tales premisas, la LPRL muestra toda su ambición cuando, lejos de conformarse con otorgar una cobertura uniforme para todos los trabajadores, atiende también a la posible presencia de circunstancias

¹ La LPRL prima "la prevención frente a la reparación, lo que supone un salto cualitativo para la defensa de la salud de los trabajadores, ya que frente al principio de que 'todo daño debe ser resarcido' se coloca el principio de que 'todo daño debe ser evitado'", STSJ Cataluña 30 octubre 2006 (AS 2007/168).

² "Para la aplicación de la LPRL y las consecuencias derivadas de su incumplimiento, no es preciso que el daño causado deba previamente ser definido como accidente de trabajo. Y sin perjuicio obviamente de que así pueda calificarse en el procedimiento que corresponda", STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184) o SJS nº 33 Madrid 14 enero 2005 (AS 1152).

que aconsejen una respuesta singular³. Es consciente, y actúa en consecuencia, de la existencia de algunas características personales o laborales que determinan una superior o diferente situación de peligro; tal es el caso de las mujeres embarazadas o en período de lactancia⁴, de los menores⁵, de los trabajadores temporales⁶ o contratados a través de una ETT⁷ o de los sujetos a la concurrencia de diversos empresarios vinculados o no por mecanismos de subcontratación⁸.

Con todo, en este ámbito la mayor grandeza de la norma viene dada por la posibilidad de tomar en consideración las peculiaridades

³ "Procede diferenciar, así, entre una protección genérica e indiferenciada, que atiende a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la LPRL, y una protección selectiva o específica para determinados grupos de empleados", Susana Rodríguez Escanciano (2006) "Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgos", *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Junta de Castilla y León, p. 169.

⁴ Los riesgos en el trabajo se incrementan para la mujer debido a "las cuestiones biológicas asociadas a la maternidad"; a tal dato viene a añadirse la necesidad de proteger al feto o, en el caso de la lactancia, al hijo recién nacido que puede verse expuesto a agentes perniciosos a través de la lactancia materna, José Antonio Panizo Robles (1999) "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 201, p. 68.

⁵ Su inmadurez física y psíquica determina una superior sensibilidad, tal y como reconocen, entre otras, la STSJ Cataluña 25 enero 2005 (AS 512) o la SAP Barcelona 19 diciembre 2003 (AC 1754).

⁶ Desde distintos foros se afirma la superior siniestralidad padecida por los trabajadores temporales. Así, por ejemplo, Federico Durán López (2001) *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Madrid: Presidencia del Gobierno, p. 188; José Fernando Lousada Arochena (1998) "Los trabajadores temporales y los de empresas de trabajo temporal como grupos específicos de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *La Ley*, II, p. 1945; Jordi Agustí Juliá (1999) "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo: la protección de las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", *Cuadernos de Derecho Judicial. Estudio de la prevención de riesgos laborales*, 1, p. 155 y ss., o Rodrigo Tascón López (2007) "La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores temporales", *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, p. 181 y ss.

No hay respuesta expresa, en cambio, para los trabajadores a tiempo parcial, pese a su también frágil posición, convenientemente analizada por Roberto Fernández Fernández (2007) "La prevención de riesgos laborales en el marco del contrato de trabajo a tiempo parcial", *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, p. 205 y ss.

⁷ La condición de ser trabajador cedido constituye en sí misma, y por diversos motivos, "un factor de riesgo laboral", Mercedes López Balaguer (2000) *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 9.

⁸ La convivencia entre empleados de diferentes empresas (así como trabajadores autónomos) determina un superior índice de riesgo, Margarita Miñarro Yanini (2002) *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratadas y subcontratadas*. Madrid: INSHT, p. 509 y ss. o Henar Álvarez Cuesta (2007) "Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratadas y subcontratadas", *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, p. 51.

presentes en cualesquiera individuos, mas allá de los apuntados, en tanto su art. 25.1, convertido por mor de su generalidad en "norma escoba"⁹, acoge una críptica referencia a quienes denomina especialmente sensibles a ciertos riesgos y da cabida a la atención individualizada a cuantas realidades lo reclamen¹⁰. En efecto, el art. 25.1 LPRL "hace una alusión genérica a cualquier trabajador que pueda presentar una característica particular que lo haga acreedor de protección especial, sin distinguir colectivos específicos"¹¹. Respecto a ellos, establece un elenco de obligaciones sumamente inconcreto que "plantea diversas cuestiones de gran interés en la aplicación práctica de la LPRL, y que... habrán de ser resueltas por los Tribunales"¹².

2. PROHIBICIÓN DE ADSCRIPCIÓN A DETERMINADOS PUESTOS EN EL MOMENTO INICIAL DE LA RELACIÓN

Como regla básica aplicable al nacimiento del vínculo laboral, el mentado precepto consagra la prohibición de contratar a los trabajadores en aquellas ocupaciones en las que,

a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás

⁹ José Fernando Lousada Arochena (1999) "La protección de la salud laboral de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", *Revista Técnico Laboral*, 79, p. 81.

¹⁰ "Es necesario distinguir entre un riesgo general que afecta a todos los trabajadores que realicen una determinada actividad, y un riesgo específico que afecta a un trabajador concreto. En supuestos donde pueda darse una situación de especial riesgo en personas sensibles al mismo, que presentan factores sobreañadidos de padecer daño en su salud debido a sus condiciones personales, es preciso que la empresa evalúe la procedencia de alejar o no a dicho trabajador del puesto de trabajo". Por ello, es fundamental determinar "si el desempeño de dicha actividad laboral supondría un riesgo genérico para la salud o integridad física de la totalidad de los trabajadores, o supone un riesgo específico para la actora debido a sus circunstancias psicofísicas" [STSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155)]. "Se trata de situaciones de especial riesgo derivadas de circunstancias personales de un trabajador y no situaciones de riesgo ordinario que pueda sufrir cualquier persona en condiciones normales por el desempeño del puesto" [STSJ Castilla y León/Valladolid 13 octubre 1999 (AS 4484)]. Aludiendo a "personas que presentan factores sobreañadidos de riesgo por sus condiciones personales", STSJ Canarias/Las Palmas 31 mayo 2001 (AS 4273).

¹¹ "Lo único que sucede es que, a continuación, dedica preceptos específicos a ciertos colectivos, que se entienden como particularmente necesitados o acreedores de tutela: menores, embarazadas o lactantes y trabajadores temporales. No se otorga distinción especial a los trabajadores afectados por discapacidad o por enfermedades crónicas que puedan tener incidencia específica sobre las condiciones de trabajo para variar su factor de peligrosidad, penosidad o exposición a los riesgos laborales", STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737).

¹² STSJ Cataluña 30 octubre 2006 (AS 2007/168).

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 trabajo¹³.

Recoge así, dotándola de la necesaria generalidad, una máxima tipificada ya en la Ley General de Seguridad Social del año 1974, en cuya virtud

las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos, no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de dichos defectos o dolencias puedan, ellas o sus compañeros de trabajo, ponerse en peligro.

El tenor precedente constituye ejemplo claro de cómo la normativa preventiva se desmarca de los contornos diseñados por la de protección social, en tanto en modo alguno subordina la operatividad de lo prescrito ni al origen profesional del particular estado del trabajador o de la dolencia por él padecida ni a la concurrencia en el entorno laboral

¹³ Han sido los Tribunales los que han ido concretando el concepto, incluyendo, por ejemplo, la epilepsia, incompatible con los trabajos en altura [STSJ Andalucía/Sevilla 21 febrero 2003 (AS 3105)]; la hipersensibilidad a la pintura, que impide la ocupación en puestos con riesgo de exposición a la misma [STSJ País Vasco 18 marzo 2008 (AS 1534)]; la artropatía psoriática en las manos, que reclama un puesto que no reclame excesivo esfuerzo para los miembros superiores [STSJ Cantabria 30 enero 2008 (JUR 124012)]; una lesión física constitutiva de incapacidad permanente total, a cuyo amparo se solicita traslado a oficinas [SSTSJ Madrid 29 enero 2008 (JUR 114290) o Aragón 7 marzo 2007 (JUR 235899)]; la diabetes mellitus tipo I, incompatible con el trabajo nocturno y los turnos rotatorios [STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737)]; ansiedad y depresión por el manejo de dinero, que hace imprescindible alejar al trabajador de tal elemento estresante [STSJ Cantabria 2 noviembre 2007 (AS 2008/198)]; una depresión, que exige cambio a puesto diurno [STSJ Madrid 28 marzo 2007 (AS 2001)]; la alergia y otras enfermedades respiratorias, que aconsejan alejar al trabajador de ambientes con concentración de ciertos agentes nocivos tales como el alquitrán [STSJ Cataluña 30 octubre 2006 (AS 2007/168)]; la fibromialgia, que no admite la imposición de excesivas demandas físicas [SSTSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 4 septiembre 2006 (AS 2007/209) o Castilla-La Mancha 27 julio 2005 (AS 2410)]; la hipoacusia de un cajero, que debe ser eximido del trabajo con clientes para evitar el estrés [STSJ Cantabria 27 julio 2006 (AS 2617)]; la rinitis y dermatitis, que exigen evitar la inhalación de polvo de harina [STSJ Cataluña 26 junio 2006 (AS 2007/447)]; una discapacidad reconocida oficialmente [STSJ Castilla y León/Valladolid 5 junio 2006 (AS 2076)] o por los órganos internos de la empresa [STSJ Galicia 16 mayo 2005 (AS 1297)]; la concurrencia de dolencias psicofísicas que reclaman una ocupación más liviana [STSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155)]; una hepatopatía crónica de posible etiología tóxica, siempre y cuando afecte a la situación laboral del trabajador [STSJ Madrid 13 marzo 2006 (AS 1243)]; una hernia discal, que no determina incapacidad permanente pero sí el un más ligero desempeño [STSJ Castilla-La Mancha 7 septiembre 2005 (AS 2341)]; el contagio con el hongo cándida, que impide continuar la prestación hasta el momento desarrollada [STSJ Andalucía/Granada 30 marzo 2005 (JUR 2007/190693)]; la depresión, que hace imposible soportar la excesiva carga mental del trabajo y la considerable prolongación de la jornada [SJS nº 33 Madrid 14 enero 2005 (AS 1152)]; etc.

de riesgo de enfermedad así calificada; antes al contrario, con independencia de cual sea la patología o la característica del sujeto, éste no podrá ser adscrito a funciones cuyo desempeño, precisamente por tales condicionantes, impliquen para él o para terceros un peligro de la índole que sea.

Ello no es óbice para localizar respuestas destinadas, en concreto, a la prevención de las enfermedades profesionales en sentido técnico-jurídico; de hecho, éstas actúan como manifestación paradigmática de eventual aplicación de la norma. En efecto, los arts. 196 y 197 del 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 (LGSS), así como el art. 38.1 de la Orden de 9 de mayo de 1962 (de dudosa vigencia¹⁴), sientan la obligación de las empresas, cuando pretendan cubrir puestos con riesgo de desarrollar aquéllas, de practicar reconocimientos médicos a quienes aspiren a ocuparlos, contemplando así una hipótesis a conectar con el art. 22 LPRL, en cuya virtud la vigilancia de la salud¹⁵ resulta, al menos en teoría (dada la amplitud de las excepciones¹⁶), voluntaria para el afectado¹⁷ salvo, entre otros supuestos, cuando una disposición legal la contemple como obligatoria respecto a amenazas específicas¹⁸. La imposibilidad de la contratación si el resultado de la prueba es una declaración de falta de aptitud se acoge tanto en la citada legislación de

¹⁴ Conforme indican, entre otros, Susana Moreno Cáliz (2001) "La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos", *Aranzadi Social*, 5, p. 749 ó "Medidas de prevención específicas de la enfermedad profesional", *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, 225, p. 51 y Antonio Vicente Sempere Navarro (2001) "La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación", *Aranzadi Social*, 5, p. 79.

¹⁵ "Instrumento para considerar singularmente al trabajador y detectar aquellas características personales o estado biológico conocido que les haga susceptibles a los factores de riesgo existentes en su puesto de trabajo futuro o actual", según recoge la Nota Técnica de Prevención 471 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

¹⁶ Supuestos en los cuales "el derecho del trabajador a preservar su intimidad e integridad personal cede ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que puedan verse afectados por el estado patológico de un compañero" [Javier Fernández-Costales Muñiz (2008) "Intimidad de la persona y confidencialidad de datos en el marco de la vigilancia de la salud. El respeto a los derechos del trabajador en los reconocimientos médicos", *Derecho y Salud*, 16, 1, p. 87], pero también otros en los que la vigilancia es imprescindible para mejorar los niveles de prevención y protección en la empresa.

¹⁷ Sobre el alcance del consentimiento, importantísima (básica, de hecho), la STCo 196/2004, de 15 de noviembre.

¹⁸ Los preceptos de la Seguridad Social sobre enfermedad profesional constituyen ejemplo de "disposición legal" que habilita, ex art. 22.1 LPRL, la imposición de la vigilancia. Así lo afirma la STSJ Andalucía/Sevilla 7 julio 1999 (AS 3742).

Seguridad Social como, conforme consta, en el art. 25.1.pfo.2º LPRL, que en este punto ofrecen una regulación homogénea.

El panorama es bien distinto cuando no ha sido tipificada respuesta expresa en la normativa. Téngase en cuenta que, con carácter general y según se acaba de indicar, el trabajador no puede verse forzado a someterse a las pruebas médicas, de forma que su negativa determinará la imposibilidad de conocer su sensibilidad o no a los riesgos derivados del trabajo para el que se le pretende contratar; y aun cuando se admita que no es preciso recabar su consentimiento para verificar si su estado de salud puede significar un peligro para él o para otros (*ex art. 22 LPRL*)¹⁹, no cabe abrir las puertas a que la vigilancia de la salud, defraudando su condición de mecanismo para la tutela de la integridad del trabajador y terceros, llegue a convertirse en instrumento de selección de personal al servicio exclusivo de los intereses empresariales²⁰.

Sea como fuere, el escollo puesto de manifiesto parece diluirse en la medida en que, merced al art. 37.3 RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, al contrario de cuanto ocurre al aplicar los arts. 196 y 197 LGSS, la evaluación inicial de la salud tendrá lugar después de la incorporación, con lo que el principio de adaptación del trabajo a la persona consagrado en el art. 15 LPRL todavía podría verse salvado a través de la aplicación de los mecanismos más adelante expuestos; sólo hipotéticamente, eso sí, pues subsiste el cauce de extinción durante el período de prueba pactado. Además, lo anterior debe entenderse sin perjuicio de admitir cómo el acuerdo reflejado en convenio colectivo favorable a la sumisión forzosa al reconocimiento clínico en el momento previo a la suscripción del negocio jurídico laboral²¹ (admisible sólo si respetuosa con los límites y exigencias

¹⁹ En tal hipótesis queda clara la doble pretensión de la prohibición de adscripción, en tanto, por un lado pretende proteger al propio trabajador, y por otro, velar por la seguridad y salud de quienes puedan verse afectados por su actividad [SSTSJ Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903) o Canarias/Las Palmas 31 mayo 2001 (AS 4273)], lo que justifica la obligatoriedad, en el caso, para los minusválidos, STSJ Madrid 14 enero 2005 (JUR 84184).

²⁰ Es ilícito servirse de la vigilancia de la salud "para seleccionar a los trabajadores más capaces para soportar riesgos o ambientes nocivos", Francisco Javier Sánchez-Pego Fernández (1997) "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, 1, p. 27.

²¹ Art. 12 CC de la industria salinera; art. 17 CC de la industria azucarera, o art. 16 CC del sector de la construcción.

marcados por el art. 22 LPRL²²), reconduce el asunto a los parámetros apuntados de posible indefensión del no contratado por causa médica.

3. SENSIBILIDAD SOBREVENIDA O CONOCIDA CON POSTERIORIDAD A LA CONTRATACIÓN

Descubierta o surgida la especial sensibilidad del trabajador con posterioridad a su contratación (aún más, tras el período de prueba), surge el dilema de coordinar la regla prohibitiva *supra* comentada con los términos del art. 25.1.pfo.1º LPRL, en cuya virtud el empresario deviene obligado a garantizar de manera específica la protección de aquel empleado, para lo cual, en la evaluación de riesgos correspondiente, deberá tener en cuenta los factores determinantes de su estatus ajeno a lo común y, en función de ellos, adoptar "las medidas preventivas y de protección necesarias". Es decir, ¿cómo se conjuga la imposibilidad legal

²² STS 28 diciembre 2006 (RJ 2007/1503). "El convenio colectivo, a diferencia de lo que muchos plasman en su contenido, no puede en modo alguno prever otros supuestos de obligatoriedad distintos a la ley, ni introducir en la disciplina de los reconocimientos médicos obligatorios aspectos que no encajen en el marco de las directrices en torno a las cuales debe ordenarse. Únicamente podrá colaborar con la norma estatal en la delimitación y precisión de las excepciones legalmente establecidas a la exigencia de consentimiento" [Javier Fernández-Costales Muñoz (2008), p. 91]. Por desgracia, su regulación tradicionalmente ha venido obviando estos límites [José Luis Goñi Sein (1999) "Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Social*, 5, p. 61]. Los clásicos reconocimientos médicos en fase de acceso o los de carácter normalmente anual previstos en la negociación colectiva, en los que es habitual incluir exámenes sumamente genéricos, sin vinculación específica con el puesto concreto, carecen de efectos obligatorios para el candidato o empleado, aunque la norma pactada establezca lo contrario; la conclusión, en cambio, será distinta cuando se trate de los reconocimientos "específicos" y adecuados "a las distintas funciones profesionales existentes en cada centro de trabajo" mencionados en alguna norma [art. 31 CC de las cadenas de tiendas de conveniencia. Análogos, el art. 65 CC de perfumería y afines; el art. 59 CC de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales; el art. 60 CC para las empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos; el art. 98 CC de la industria textil y de la confección; el art. 107 CC para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería; el art. 66 CC de la industria química; el art. 30 CC para la actividad de ciclismo profesional; el art. 25 CC de empresas de centros de jardinería; el art. 15.4 CC para la industria fotográfica; el art. 68 CC de industrias lácteas y sus derivados; el art. 20 CC de mataderos de aves y conejos; el anexo II CC del corcho; el art. 100 CC de la madera; en art. 73 CC de los servicios de prevención ajenos, o el art. 62 CC de contratas ferroviarias], pues bajo tales circunstancias la eventual imperatividad se insertaría dentro de la dinámica del cumplimiento de las obligaciones preventivas del empresario. Así las cosas, no puede extrañar que el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva recomiende que en los convenios (y éstos están entendiendo el mensaje) se avance en la paulatina sustitución de los exámenes generales e inespecíficos por otros "dirigidos al cumplimiento adecuado de la normativa".

de adscribir al trabajador a un determinado puesto con la imposición de "una regulación específica"²³ en favor de quien ya lo viene desarrollando?.

3.1. Hipótesis que cuentan con regulación expresa

Nada concreta la disposición sobre cuáles han de ser las pautas a seguir por el empleador ante situaciones como la descrita; no obstante, y para supuestos concretos, distintas normas ofrecen una guía para la intervención:

En primer lugar, respecto a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, el art. 26 LPRL dibuja un mecanismo tutelar estructurado en torno a diversos niveles. Constatada la existencia de un riesgo para la gestante, el feto o el hijo recién nacido, el empresario vendrá obligado a adaptar las condiciones de trabajo de la mujer, incluido en su caso el tiempo, teniendo en cuenta que, de no ser posible o de resultar insuficiente, habrá de proceder a su movilidad funcional, preferentemente ordinaria, pero incluso fuera de su grupo profesional o categoría equivalente.

En segundo término, el art. 36 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 (ET), en su regulación del trabajo nocturno, sienta que cuando a los trabajadores que desarrollen su actividad en tal horario les sean reconocidos a través de las oportunas evaluaciones problemas de salud ligados a tal factor, tendrán derecho a ser destinados a un puesto diurno existente en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos, sirviéndose a tal fin de los mecanismos contemplados en los arts. 39 y 41 ET²⁴,

lo que implica que la asignación del nuevo turno laboral... puede suponer la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo cuando la empresa acredite que ello es necesario (art. 41 ET), como también puede

²³ STSJ Cantabria 2 noviembre 2007 (AS 2008/198).

²⁴ Sobre la interpretación del derecho, por todas, SSTSJ Canarias/Las Palmas 31 mayo 2001 (AS 4273) o Madrid 26 febrero y 28 marzo 2007 (JUR 174447 y AS 2001) y SJS, Granada, 9 mayo 2005 (AS 1733).

suponer la movilidad funcional prevista en el art. 39 de la norma estatutaria²⁵.

En tercer lugar, constatada la existencia de una enfermedad profesional, la normativa rectora de tal contingencia determina la necesidad de actuar a fin de alejar al afectado de la fuente de riesgo. Más en concreto, y merced a los mentados arts. 196 y 197 LGSS, queda proscrito el mantenimiento en el puesto, debiendo proceder, en su caso, a adoptar la medida regulada en el art. 45 de la Orden de 1962, merced al cual cuando

como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa.

Es preciso apuntar, empero, que la medida no ha sido ajena a un agrio debate, centrado, una vez admitida la pérdida de vigencia de la baja subsidiada prevista con carácter subsidiario en aquella Orden²⁶, en la difícil coexistencia de tal mutación con las previsiones sobre incapacidad permanente en los casos en que la incompatibilidad entre el trabajo y el estado de salud incida en la capacidad laboral del sujeto de manera definitiva pero no continua²⁷.

En fin, para diversas hipótesis, cada vez resulta más habitual que la solución venga de la mano de la negociación colectiva, donde de forma creciente suelen acogerse fórmulas destinadas precisamente a

atender la situación de aquellas personas ya contratadas en una determinada empresa que, habiendo desempeñado con normalidad su función hasta un cierto momento, han perdido aptitud y capacidad para seguir haciéndolo,

²⁵ STSJ Madrid 28 marzo 2007 (AS 2001).

²⁶ Domingo Sánchez Navarro (2002) "El cambio de puesto de trabajo por enfermedad profesional: una zona gris dentro del ámbito competencial del INSS y del INSALUD u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas", *Aranzadi Social*, 5, p. 853 ó, entre los pronunciamientos judiciales, SSTSJ Cantabria 12 noviembre 1991 (AS 6021) y 12 julio 1994 (AS 2985); Cataluña 16 junio 1993 (AS 2985), o País Vasco 18 mayo 1999 (AS 1928).

²⁷ Al respecto, como muestra de un elenco mucho más amplio, SSTS 27 junio 1990 (Ar. 5490) ó 5 junio 2000 (Ar. 4806) y SSTSJ Cataluña 25 enero y 26 julio 1999 (AS 1100 y 6502) y Cantabria 13 junio y 18 septiembre 1995 (AS 2985 y 3230).

tratando de garantizarles su reubicación en la empresa en supuestos de incapacidad sobrevenida²⁸.

La duda es si cuanto prevén estos convenios sería extraíble o no directamente del régimen jurídico heterónomo; aspecto éste que constituye objeto del discurso ulterior.

3.2. Aplicabilidad de las reglas de alteración de condiciones de trabajo o de movilidad a cualesquiera trabajadores especialmente sensibles

Un sinfín de argumentos, además del recurso a la analogía con las situaciones ya expuestas y expresamente atendidas por el legislador, apoyan el derecho a la modificación de condiciones, incluso el cambio de puesto, 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 actúe en detrimento del estado de quien ostenta tal condición:

1º Merced al art. 14.2 LPRL, "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá 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"; en fin,

desarrollará 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.

²⁸ Roberto Fernández Fernández, Rodrigo Tascón López, Henar Álvarez Cuesta y José Gustavo Rodríguez Hidalgo (2004) *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*. León: Universidad, pp. 172-173. Son ya numerosos los pronunciamientos judiciales que se han visto obligados a interpretar este tipo de cláusulas; así, SSTSJ Madrid 29 enero 2008 (JUR 114290), Aragón 7 marzo 2007 (JUR 235899), Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155), Galicia 16 mayo 2005 (AS 1297) o Andalucía/Granada 30 marzo 2005 JUR 2007/190693).

El precepto deja clara la posición de garante que la LPRL otorga al empresario en orden a crear o mantener un entorno laboral seguro²⁹. Es claro que si a él corresponde esta obligación genérica, que reclama la adopción de cuantas actuaciones sean precisas para garantizar la seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo, "es necesario atender a cualquier condición presente en [éste] susceptible de ser fuente de riesgos", incluidas las características "relativas a su organización y ordenación", tal y como reza el art. 4.7º LPRL, "para prevenir o minorar... sus posibles resultados dañosos"³⁰. Así las cosas, desde los Tribunales resulta bastante habitual vincular el derecho del trabajador especialmente sensible a una atención particularizada con el extenso deber empresarial mentado³¹.

2º 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, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.

La modificación contractual en beneficio de los empleados analizados constituye, según los Tribunales, señera manifestación de aplicación de la regla básica transcrita³², de la que se extrae sin dificultad

la obligación de tener en cuenta la especial sensibilidad de ciertos trabajadores para establecer medidas de prevención especialmente intensas, que se superponen o que simplemente intensifican la que viene proporcionada

²⁹ Cada deber concreto es "manifestación de la deuda de seguridad que el empresario tiene contraída con todos los trabajadores incluidos en su ámbito organizativo", STSJ Aragón 30 octubre 2000 (AS 3183).

³⁰ STSJ Cantabria 2 noviembre 2007 (AS 2008/198).

³¹ SSTSJ Castilla-La Mancha 7 septiembre 2005 (AS 2341), Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155), Cantabria 27 julio 2006 (AS 2617), 2 noviembre 2007 (AS 2008/198) y 30 enero 2008 (JUR 124012) o Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737); también SJS nº 33 Madrid 14 enero 2005 (AS 1152).

³² STSJ Cantabria 17 junio 2004 (AS 1903).

por las normas generales o plan general de prevención en la empresa³³.

3º El mismo precepto recoge como principio el de "planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo" (art. 15.1.g LPRL), teniendo en cuenta que de conformidad con el art. 4.7º.d) LPRL la noción condiciones de trabajo incluye "todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador". Tales preceptos son puestos en conexión por los Tribunales con el empleo de los poderes de variación empresariales, fundamentalmente la acción sobre la organización empresarial, en pro de la seguridad y salud de su plantilla³⁴.

4º Merced al art. 15.2 LPRL, "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", disposición que no sólo rige en la adjudicación inicial de un determinado puesto, sino también para reclamar una alteración posterior o para impedir un eventual ejercicio del *ius variandi* en detrimento de la situación del operario³⁵.

5º El propio art. 25.1 LPRL prohíbe exponer al trabajador especialmente sensible a los factores que para él resultan lesivos, y en ningún momento circunscribe la operatividad de la medida al momento inicial del vínculo, lo que permite concluir su viabilidad también con posterioridad. Así lo interpretan los Tribunales cuando afirman que

de la literalidad de precepto parece desprenderse que el legislador, al establecer la mentada prohibición, y la consiguiente asignación de puestos de trabajo en donde no puedan afectarles los riesgos que sobre ellos tengan especial incidencia, está pensando, exclusivamente, en trabajadores cuya especial sensibilidad es conocida en el

³³ STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737) o, en idéntico sentido, SSTSJ Cantabria 27 julio 2006 (AS 2617) ó 2 noviembre 2007 (AS 2008/198) y Madrid 13 marzo 2006 (AS 1243).

³⁴ SSTSJ Cantabria 27 julio 2006 (AS 2617) ó 2 noviembre 2007 (JUR 2008/198) y Madrid 13 marzo 2006 (AS 1243).

³⁵ SSTSJ Madrid 13 marzo 2006 (AS 1243), Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155) o Cantabria 30 enero 2008 (JUR 124012).

momento de la contratación y han de comenzar, por vez primera, la prestación de servicios, y no en los supuestos en los que las características, estado o discapacidad sobrevengan en el transcurso de la prestación laboral;

frente a ello, el juzgador se muestra a favor de la tesis de conformidad con la cual también arropa las situaciones sobrevenidas³⁶. Y aunque la extinción contractual podría ser una vía para llevar a efecto el mandato, los argumentos precedentes actúan en contra de tan radical solución, apoyando, en cambio, la opción por imponer la movilidad o por impedir³⁷.

A la luz de tales premisas, una vez en vigor la LPRL procede afirmar que cuando el sujeto, debido a sus condiciones singulares, se vea afectado en superior medida que otros individuos por las circunstancias presentes en su puesto de trabajo, tendrá derecho a no verse expuesto a ese agente o factor potencial o realmente lesivo para su concreta persona, debiendo rechazar como primera alternativa la "expulsión" de la empresa, en tanto tal decisión, sin matiz, contradice la letra y el espíritu del esencial texto preventivo, que reclama al empresario un esfuerzo para la salvaguarda y, en su caso, readaptación del afectado.

No cabe duda de que la adopción de las oportunas medidas resultará obligada aun cuando el trabajador no haya sufrido las consecuencias negativas de su particular estado, de forma tal que, informado el empresario de la especial sensibilidad, habrá de actuar en consecuencia, manteniendo a su empleado alejado del riesgo³⁸.

Con todo, por regla general y debido al temor a las previsibles consecuencias negativas derivadas de la revelación, el conocimiento empresarial no tendrá lugar hasta que la situación se plasme en el acaecimiento de un siniestro o en el desarrollo de una dolencia (que puede constituir enfermedad profesional, del trabajo o común agravada por el contexto de la prestación de servicios), que a menudo será descubierta por ser determinante del inicio de un proceso de incapacidad temporal o,

³⁶ STSJ Cataluña 30 octubre 2006 (AS 2007/168), que se hace eco de la STSJ Castilla-La Mancha 21 marzo 2002 (AS 1636).

³⁷ SSTSJ Andalucía/Sevilla 21 febrero 2003 (AS 3105), Castilla-La Mancha 27 julio 2005 (AS 2410), País Vasco 18 marzo 2008 (AS 1534); Cantabria 30 enero 2008 (JUR 124012) o Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737).

³⁸ A veces el propio trabajador informa de su dolencia, como ocurre cuando lo hizo desde un primer momento, siendo confirmado por los posteriores reconocimientos médicos, STSJ Andalucía/Sevilla 21 febrero 2003 (AS 3105).

aun no dándose tal circunstancia, por revelarse tras la realización de pruebas de vigilancia de la salud, que sólo son imperativas para el trabajador si de descubrir los efectos del trabajo en su salud se trata o cuando se pretenda verificar si su estado implica peligro para él o terceros³⁹; también por marcarlo la ley, como efectivamente hace respecto al riesgo de enfermedad profesional o, de forma mucho más inespecífica, para los trabajadores nocturnos⁴⁰. La propia negociación colectiva acoge reconocimientos médicos destinados en exclusiva a los trabajadores especialmente sensibles a fin de otorgarles una tutela cualificada⁴¹.

Sea como fuere, la posición deudora del empresario, que le fuerza 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 futura⁴², 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; también para 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 irrenunciable del trabajador y una correlativa obligación

³⁹ Con independencia, en este caso, de si la causa de la ineptitud deriva o no de su actividad productiva, siempre y cuando pueda afectar a ésta. En este sentido, el art. 71 CC de derivados del cemento o el art. 24 CC de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, prevén reconocimientos médicos anuales para la vigilancia en el campo de condiciones psíquicas o sanitarias causadas o no por el trabajo.

⁴⁰ Como ya se indicó, ni siquiera la autonomía colectiva puede extender la obligatoriedad más allá de los términos del art. 22.1 LPRL. Precisamente por ello, la DA 2ª CC de harinas panificables y sémolas, plantea importantes dudas respecto a su licitud cuando señala que "las empresas tendrán la facultad de verificar el estado de enfermedad o accidente de sus trabajadores/as, mediante un reconocimiento médico realizado por personal cualificado para tal efecto... En el caso de que el trabajador/a se negara a que se le efectúen dichos reconocimientos, las empresas podrán determinar la suspensión de los complementos económicos a cargo de las mismas, independientemente de las sanciones que correspondan según la legislación vigente, además tal hecho de negativa será considerada como falta muy grave".

⁴¹ Art. 30.1 CC de empresas concesionarias de cable de fibra óptica; art. 60 CC del sector de *contact center*; art. 27 CC para los establecimientos financieros de crédito; art. 30 CC para la actividad de ciclismo profesional, o art. 62 CC de contratas ferroviarias.

⁴² STSJ Cantabria 2 noviembre 2007 (AS 2008/198).

del empresario" y "dependerá única y exclusivamente de la relación causa efecto entre el proceso patológico y el puesto desempeñado"⁴³.

3.3. Consecuencias prácticas de las reglas expuestas

Todo lo expuesto alcanza una trascendencia práctica indudable. Partiendo, en esencia, de las resoluciones judiciales habidas en la materia, los principales focos de interés pueden resumirse como sigue:

1º Es voluntad manifestada por la LPRL que sea el empresario quien haga frente a la situación de especial sensibilidad sobrevenida, introduciendo cuantas medidas de protección resulten pertinentes⁴⁴, más allá de las generalmente exigibles⁴⁵ y afrontando la readaptación de las ocupaciones.

Así por ejemplo,

en los supuestos de enfermedades crónicas (no equiparables conceptualmente a las situaciones de discapacidad, pero sí a la especial sensibilidad a los riesgos laborales a la que se refiere el art. 25 LPRL)..., amén de otras de carácter transitorio, que encajan en el concepto legal de "situaciones transitorias", se impone la evaluación específica del puesto de trabajo con el fin de procurar evitar el hipotético riesgo que generase para el trabajador como consecuencia del factor que le sitúa en ese nivel de "especial sensibilidad" que le hace acreedor de las medidas especiales a las que se refiere el art. 25 LPRL, y que han de consistir en la adaptación, según las circunstancias del caso, de las condiciones de trabajo a tales factores de riesgo especial⁴⁶.

⁴³ STSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155).

⁴⁴ SSTSJ Castilla y León/Burgos 24 abril 2001 (AS 2119) o Castilla y León/Valladolid 13 octubre 1999 (AS 4484).

⁴⁵ STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737). "Estos trabajadores deberán ser rodeados de las medidas de prevención pertinentes y dotados de los medios de protección necesarios, en función del tipo de trabajador, de sus características psicofísicas y de la finalidad de la tutela de la salud", STSJ Castilla-La Mancha 27 julio 2005 (AS 2410).

⁴⁶ STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737).

La imposibilidad de actuar en el sentido indicado⁴⁷, 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 suspensión⁴⁸ o resolución contractual; antes al contrario, parece imprescindible intentar con carácter prioritario la movilidad funcional o geográfica⁴⁹ (pese a los inconvenientes que a todos se ocurren, merced a la tentación de emplearla como cauce empresarial para forzar el abandono), perfectamente compatible con la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual⁵⁰ o con la situación de incapacidad temporal⁵¹ y sin posible excepción en atención a la naturaleza o duración del vínculo contractual que liga a las partes⁵².

Algunos pronunciamientos lo recogen con suma claridad respecto a ciertas hipótesis; así cuando señalan que del art. 25.1 LPRL

⁴⁷ La STSJ Castilla-La Mancha 27 julio 2005 (AS 2410) se refiere un caso en el que el puesto de la trabajadora "presenta como característica esencial perteneciente a la propia naturaleza del [mismo], la turnicidad, sin que la misma venga impuesta de forma arbitraria, caprichosa o falta de razonabilidad, sino al contrario, atiende a razones absolutamente objetivas". Así las cosas, rechaza la obligación empresarial de cambiar el turno de trabajo en base a dos argumentos: en primer lugar, de actuar en tal sentido se verían afectados otros trabajadores que rotan con el afectado, forzados a trabajar más noches; en segundo término, la distribución del trabajo a turnos se integra dentro del poder de organización y dirección del empresario y, en el caso, por razón del servicio que se presta, no puede prescindir de la realización de turnos de mañana, tarde y noche.

⁴⁸ "La suspensión del contrato de trabajo operará con carácter subsidiario, cuando no sea posible eliminar el riesgo en el desempeño del puesto de trabajo, o cuando no sea posible asignar al trabajador un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado", STSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155).

⁴⁹ Sobre la posibilidad de la movilidad geográfica, las ya citadas SSTSJ Castilla y León/Burgos 24 abril 2001 (AS 2119) o Castilla y León/Valladolid 13 octubre 1999 (AS 4484).

⁵⁰ SSTSJ Cataluña 25 enero 1999 (AS 1100); Aragón 7 marzo 2007 (JUR 235899) o Madrid 29 enero 2008 (JUR 114290).

⁵¹ En el caso, el empresario alega que "la actora reclama un nuevo puesto de trabajo, desde la situación de incapacidad temporal, y exonerando a la trabajadora de la prestación de servicios mientras dure esta situación. Y si la actora no trabaja, afirma la empresa que no puede ser destinada a un nuevo puesto". Contesta el Tribunal: "que la demandante haya estado en situación de incapacidad temporal por diversas causas con o sin derecho a prestación, situación que en aplicación del art. 45.2 del ET supone la suspensión correlativa de trabajar y abonar el salario, no implica imposibilidad de reclamar el derecho... de reincorporación a un puesto de trabajo adecuado, pues, precisamente la última situación es debida al mantenimiento por la empresa de las condiciones específicas de empleo contraindicadas a su estado de manejo de dinero, la causa de la imposibilidad transitoria del empleo que parece posible, o al menos no se ha intentando por la empresa, de recolocación transitoria en su categoría en puesto alejado de la situación de riesgo mencionada, en especial, cuando la última situación de baja no conlleva el abono de subsidio alguno". La IT, en el caso, "acredita la incapacidad transitoria, no para todas las tareas de su profesión, sino para esta específica, dentro de las posibles de su empleo habitual", STSJ Cantabria 2 noviembre 2007 (AS 2008/198).

⁵² STSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155), que considera ilícita la cláusula convencional que excluye del derecho a cambio de puesto a los fijos discontinuos.

"cabe deducir el derecho del trabajador a un cambio de puesto en los supuestos de disminución de su capacidad física, debiendo ser empleado en una tarea compatible"⁵³. De forma más amplia cuando apuntan que

al empresario se atribuye en el mismo precepto una facultad implícita de movilidad funcional de los trabajadores "especialmente sensibles", en aplicación del principio de adaptación del trabajo a la persona y de la protección eficaz que el empresario como garante de seguridad debe asumir⁵⁴.

En todo caso, la actuación a seguir aparece priorizada, en tanto

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 personas⁵⁵.

2º Como acertadamente afirman los Tribunales, aun quedando amparada la alteración funcional en determinados casos, el empresario no está obligado a crear *ex novo* un puesto acorde al estatus del interesado⁵⁶ (sin perjuicio de otra previsión en convenio⁵⁷ o de que el derecho quede expectante hasta la existencia de ocupación adecuada⁵⁸); ahora bien, existen criterios que permiten concluir la presencia de vacante idónea y, por tanto, la inadmisibilidad de la negativa empresarial, como ocurre cuando consta que las tareas son desempeñadas por empleados procedentes

⁵³ SSTSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155) o Cantabria 30 enero 2008 (JUR 124012), que se sirve también de la analogía cuando añade: "cambio de puesto recogido con mayor claridad en el art. 26 respecto a la protección de la maternidad".

⁵⁴ STSJ Cataluña 23 enero 2008 (JUR 138737).

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ SSTSJ Galicia 16 mayo 2005 (AS 1297), Andalucía/Granada 30 marzo 2005 (JUR 2007/190693), Madrid 28 marzo 2007 (AS 2001) o Cantabria 30 enero 2008 (JUR 124012).

⁵⁷ Implícitamente lo contempla la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 4 septiembre 2006 (AS 2007/209).

⁵⁸ STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 4 septiembre 2006 (AS 2007/209).

de empresas de trabajo temporal⁵⁹. Sea como fuere, es el titular de la explotación quien ha de demostrar la inexistencia de plaza para la recolocación⁶⁰.

Igualmente, cabe concluir que al empresario corresponde la selección del destino apto⁶¹, 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 ajusta⁶².

3º La prohibición de adscripción a puestos cuyo desempeño implique un riesgo para el trabajador o terceros opera en el momento de la contratación, pero también durante su desarrollo, forzando en su caso la movilidad apuntada, pero también la prohibición de reubicar al empleado en ocupación inadecuada a su estado⁶³.

4º Las actuaciones y límites precedentes habrán de acometerse con independencia del origen de la dolencia o de la incompatibilidad, no sólo cuando se trate de la situación de morbilidad enmarcada en el art. 116 LGSS⁶⁴, tal y como se deduce de la lógica preventiva defendida. Es más, no es preciso encontrarse siquiera ante las denominadas enfermedades del trabajo, sino que la afirmación habría de alcanzar incluso a las de origen extralaboral, no en vano

el derecho del art. 25... se extiende a la protección de la salud en sentido amplio, incluyendo la prevención de los riesgos personales derivados de las dolencias comunes que [el trabajador] padezca, pues, en definitiva, los agravamientos que pueda sufrir... por la prestación de

⁵⁹ STSJ Cantabria 30 enero 2008 (JUR 124012).

⁶⁰ STSJ Madrid 26 febrero y 28 marzo 2007 (JUR 174447 y AS 2001).

⁶¹ SSTSJ Cantabria 27 julio 2006 (AS 2617) ó 2 noviembre 2007 (AS 2008/198).

⁶² STSJ Cantabria 30 enero 2008 (JUR 124012).

⁶³ La STSJ Andalucía/Sevilla 21 febrero 2003 (AS 3105) resuelve un supuesto en el cual, en un principio, el empresario cumple sus obligaciones preventivas y adscribe al trabajador a un puesto acorde con su estado, pero posteriormente le cambia a otro incompatible con su especial sensibilidad, incurriendo, entonces, en incumplimiento del art. 25.1 LPRL.

⁶⁴ STSJ Cataluña 30 octubre 2006 (AS 2007/168).

servicios, serán dolencias producidas con motivo u ocasión del trabajo⁶⁵.

5º En tanto el empresario deviene obligado, como parte integrante de sus deberes preventivos, a actuar en el sentido indicado, la conducta pasiva frente a la situación de riesgo padecida por su empleado o la pretensión de imponerle tareas perjudiciales podrán justificar la extinción por voluntad del trabajador al amparo del art. 50.1.c) ET⁶⁶.

6º En la medida en que la existencia de un riesgo para quien es considerado especialmente sensible ampare su derecho a ser destinado a un puesto compatible⁶⁷, sólo la imposibilidad (determinada restrictivamente⁶⁸) de tal alteración, por inexistencia de otro idóneo y apto para la cualificación del operario, abrirá las puertas a la legitimidad de la extinción de la relación laboral⁶⁹ por incapacidad permanente (art. 49 ET)⁷⁰ o por despido fundado en ineptitud sobrevenida (nunca preexistente al período de prueba y descubierta tras éste, ex art. 52.a ET).

Por lo que hace a un eventual despido objetivo por ausencias, aun justificadas pero intermitentes, éste permanece abierto como respuesta a la acumulación de faltas por incapacidad temporal en los términos previstos en el art. 52.d) ET, según el cual no computarán como inasistencias, entre otras, las debidas a accidente de trabajo o las derivadas de enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

La extinción disciplinaria fundada en el desconocimiento de una sensibilidad no puesta de manifiesto por el trabajador en el momento

⁶⁵ STSJ Castilla y León/Valladolid 3 enero 2001 (AS 1213). Para un caso de hipoacusia de origen extralaboral, STSJ Cantabria 27 julio 2006 (AS 2617).

⁶⁶ SSTSJ País Vasco 13 marzo 2001 (AS 4379) o Madrid 10 diciembre 2002 (JUR 124938) y 14 enero 2005 (JUR 84184); también SJS nº 33 Madrid 14 enero 2001 (AS 1152).

⁶⁷ Derecho que no se puede considerar satisfecho cuando el empresario "adopta una decisión poco compatible con la norma preventiva expuesta (el carácter meramente parcial de la exclusión)"; es decir, cuando en el nuevo puesto persiste, siquiera parcialmente, el riesgo, STSJ País Vasco 18 marzo 2008 (AS 2008/1534) o, en sentido análogo, STSJ Cantabria 27 julio 2006 (AS 2617).

⁶⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 3 enero 2001 (AS 1213).

⁶⁹ La extinción "operará con carácter subsidiario, cuando no sea posible eliminar el riesgo en el desempeño del puesto de trabajo, o cuando no sea posible asignar al trabajador a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado", STSJ Castilla y León/Burgos 20 abril 2006 (AS 1155).

⁷⁰ STS 21 noviembre 1996 (RJ 8713) o STSJ Cataluña 21 enero 1995 (AS 290).

de la contratación no resulta admisible, en tanto el candidato, con carácter general, no puede verse compelido a someterse a una vigilancia de la salud previa a la contratación (cuando sea aplicable la imperatividad, el empresario gozará de un cauce de información privilegiado) y no está obligado a la comunicación de su situación clínica o personal⁷¹. La aplicación del art. 18.1 CE determinaría, por tanto, la sanción de nulidad⁷²; ahora bien, según interpreta el Tribunal Constitucional, el despido, si ha sido acordado en base a la falta de capacidad laboral derivada de enfermedad (no equivalente, en la doctrina de Supremo, a discapacidad), no resulta discriminatorio y, por tanto, merecería a lo sumo el reproche de la improcedencia⁷³.

7º Durante el período de prueba es legítima la extinción acausal del contrato, restringida sólo por la interdicción de un móvil discriminatorio. Por cuanto al objeto de este estudio atañe, se impone un análisis casuístico para determinar o no la ilicitud de la decisión⁷⁴.

⁷¹ Para el paradigmático supuesto de personas infectadas de VIH, STSJ País Vasco 5 marzo 2002 (AS 2553).

⁷² Javier Fernández-Costales Muñiz (2008: 102), quien cita en su apoyo como ejemplo la STSJ Castilla y León/Valladolid 21 marzo 2005 (AS 442), que plantea una doble vulneración al derecho: "por cuanto se sanciona por la empresa por el exclusivo hecho de ejercitar su derecho fundamental de exclusión de la acción y conocimiento de terceros de determinados datos", pero también "por cuanto el conocimiento [de una enfermedad o lesión previa] que sirvió a la empresa para imputarle la omisión de información se obtuvo por la empresa de manera ilegítima, sin el consentimiento del propio afectado"; y en el caso, aun tratándose de meros indicios, éstos cumplían los requisitos precisos "para producir la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondería a la empresa acreditar el origen legítimo de su información y conocimiento". Sobre esta novedosa perspectiva, los estudios de Rodrigo Tascon López (2005) *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Cizur Menor, Aranzadi, p. 88 y ss. o (2008) "La protección de datos personales de los trabajadores", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 16, p. 447 y ss.

⁷³ STCo 62/2008, de 26 de mayo (que no entra a valorar la vulneración o no del art. 18.1 CE por la falta de su alegación en las etapas procesales previas), o SSTS 22 noviembre y 11 y 12 diciembre 2007 (RJ 2008/1183, 2884 y 800) y 22 enero 2008 (*Actualidad Laboral*, 2008, 16, pp. 1977-1982).

⁷⁴ Así, la STSJ Castilla y León/Valladolid 5 junio 2006 (AS 2006/2076), entiende justificada la extinción del contrato de trabajo de un discapacitado cuando el fundamento de la decisión es, claramente, evitar el riesgo de agravamiento; es decir, cuando se basa en la prohibición de adscripción contenida en el art. 25.1 LPRL. A este respecto, fundamental la valoración de cuando la extinción —en el caso, despido— por enfermedad resulta discriminatoria, y cuando no, efectuada por STCo 62/2008, de 26 de mayo.

ELENCO DE CONVENIOS COLECTIVOS ESTATALES CITADOS

- Industria azucarera (BOE 231, 26-9-2003)
- Empresas concesionarias de fibra óptica (BOE 230, 23-9-2004)
- Industrias lácteas y sus derivados (BOE 62, 14-3-2005)
- Actividad de ciclismo profesional (BOE 134, 6-6-2006)
- Industria fotográfica (BOE 134, 6-6-2006)
- Industria salinera (BOE 250, 19-10-2006)
- Cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 296, 12-12-2006)
- Fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocina (BOE 302, 19-12-2006)
- Empresas de centros de jardinería (BOE 102, 28-4-2007)
- Mataderos de aves y conejos (BOE 161, 6-7-2007)
- Sector de la construcción (BOE 197, 17-8-2007)
- Perfumería y afines (BOE 202, 23-8-2007)
- Industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE 203, 24-8-2007)
- Industria química (BOE 207, 29-8-2007)
- Harinas panificables y sémolas (BOE 211, 3-9-2007)
- Establecimientos financieros de crédito (BOE 212, 4-9-2007)
- Derivados del cemento (BOE 250, 18-10-2007)
- Industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 287, 30-11-2007)
- Madera (BOE 293, 7-12-2007)
- Corcho (BOE 8, 9-1-2007; anexo II –Seguridad y salud en el trabajo– publicado en BOE 33, 7-2-2008)
- Sector de *contact center* (BOE 44, 20-2-2008)
- Empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 195, 13-8-2008)
- Contratas ferroviarias (BOE 195, 13-8-2008)
- Servicios de prevención ajenos (BOE 220, 11-9-2008)
- Industria textil y de la confección (BOE 244, 9-10-2008)

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍ JULIÀ, Jordi (1999) "Los colectivos más protegidos: grupos especiales de riesgo: la protección de las relaciones de trabajo temporales o de duración determinada y en las empresas de trabajo temporal", *Cuadernos de Derecho Judicial. Estudio de la prevención de riesgos laborales*, 1, pp. 155-188.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar (2007) "Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratas y subcontratas". *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 51-89.
- DURÁN LÓPEZ, Federico (2001) *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Madrid: Presidencia del Gobierno.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Javier (2008) "Intimidación de la persona y confidencialidad de datos en el marco de la vigilancia de la salud. El respeto a los derechos del trabajador en los reconocimientos médicos", *Derecho y Salud*, 16, 1, pp. 81-108.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto (2007) "La prevención de riesgos laborales en el marco del contrato de trabajo a tiempo parcial". *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 205-226.
- , Rodrigo TASCÓN LÓPEZ, Henar ÁLVAREZ CUESTA y José Gustavo RODRÍGUEZ HIDALGO (2004) *Los minusválidos en el mercado laboral: incentivos a su contratación y régimen jurídico de su prestación de servicios*. León: Universidad.
- GOÑI SEIN, José Luis (1999) "Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Social*, 5, pp.49-74.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes (2000) *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (1998) "Los trabajadores temporales y los de empresas de trabajo temporal como grupos específicos de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *La Ley*, II, pp. 1948-1861.
- (1999) "La protección de la salud laboral de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos", *Revista Técnico Laboral*, 79, pp. 79-88.

- MIÑARRO YANINI, Margarita (2002) *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratadas y subcontratadas*. Madrid: INSHT.
- MORENO CÁLIZ, Susana (2001) "La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos", *Aranzadi Social*, 5, pp. 733-758.
- (2001) "Medidas de prevención específicas de la enfermedad profesional", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), 225, pp. 47-96.
- PANIZO ROBLES, José Antonio (1999) "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social", *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), 201, pp. 55-94.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana (2006) "Supuestos especiales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores: grupos específicos de riesgos". *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 169-205.
- SÁNCHEZ NAVARRO, Domingo (2002) "El cambio de puesto de trabajo por enfermedad profesional: una zona gris dentro del ámbito competencial del INSS y del INSALUD u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas", *Aranzadi Social*, 5, pp. 837-854.
- SÁNCHEZ-PEGO FERNÁNDEZ, Francisco Javier (1997) "La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, 1, pp. 19-31.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente (2001) "La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación", *Aranzadi Social*, 5, pp. 71-82.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo (2005) *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi.
- (2007) "La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores temporales". *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*. Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 179-204.
- (2008) "La protección de datos personales de los trabajadores", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 16, pp. 447-499.