

**EL CHOQUE ENTRE EL DESPIDO OBJETIVO POR INEPTITUD
SOBREVENIDA Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR
ESPECIALMENTE SENSIBLE. CÓMO APLICAN LOS TRIBUNALES
LOS ARTÍCULOS 25. LPRL Y 52.1.a) ET**

Laura Bardají Salinas
Graduada en Derecho

Abstract

Este texto versa sobre la insuficiencia de la protección que la normativa prevé para los trabajadores especialmente sensibles. Tras analizar los pasos que jurisprudencialmente se han establecido para la salvaguarda de su salud (los cuales son muy similares a los fijados para los casos de riesgo para la maternidad), se centra en cómo los tribunales resuelven el choque que se produce entre este régimen, encaminado a mantener al empleado en la empresa, y el precepto del Estatuto de los Trabajadores que permite la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida (la cual puede estar determinada, precisamente por una especial sensibilidad).

This article concerns about the especially sensitive workers' protection into the law. After studying how the courts apply the regulations (in a very similar way to the case of risk for motherhood on the workstation), it focuses on how the contradiction between a protection (that aims to keep the employee on his job) for especially sensitive workers and a precept from the Worker's Statute, which allows the employer to dismiss a worker who becomes unfit for his job (among other reasons, because of a special sensibility), is solved.

Title: The clash between objective dismissal due to supervening inability for work and especially sensitive workers' protection: how the courts apply the articles 25 LPRL and 52.1.a) ET

Palabras clave: riesgos laborales, trabajador especialmente sensible, especial sensibilidad, ineptitud sobrevenida, despido objetivo, prevención, informe médico.

Keywords: occupational risks, especially sensitive worker, special sensibility, supervening inability for work, objective dismissal, prevention, medical report.

Sumario

1. Introducción
2. Artículos 25 y 26 LPRL

- 2.1. Evaluación de riesgos laborales
- 2.2. Adaptación del puesto de trabajo
- 2.3. Cambio de puesto de trabajo
- 2.4. Suspensión del contrato
3. Tensión entre el artículo 25.1 LPRL y 52.1.a) ET
4. Conclusiones
5. Bibliografía

1. Introducción

El presente artículo se dedica al estudio de la protección que viene otorgada por el artículo 25.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) para el trabajador especialmente sensible (en adelante, TES) y su aplicación por parte de los tribunales.

El régimen preventivo presente en dicha norma es muy escueto. De hecho, no deja claro ni qué es un TES ni cómo debe proceder el empresario en caso de que uno de sus empleados lo sea. Choca esta escasa regulación con la rigurosa ordenación de la prevención en caso de riesgo durante el embarazo o la lactancia, presente en el precepto siguiente. Sin embargo, a través de una comparativa de cómo los tribunales aplican uno y otro artículo, puedo afirmar que la protección fijada para estos colectivos no dista tanto como una primera lectura de la LPRL pueda hacernos pensar.

Un tema muy remarcable del régimen de protección de los TES consiste en que el artículo 25.1 LPRL obliga a la adopción de unas medidas preventivas específicas teniendo en cuenta las especiales sensibilidades del trabajador, para garantizar así su seguridad en el trabajo. Lo que pasa es que, en muchos casos, las mismas características que convierten a un empleado en TES también hacen que quepa hablar de su ineptitud sobrevenida. Esta figura, presente en el artículo 52.1.a) del 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 (en adelante, ET), permite la extinción del contrato de trabajo por vía del despido objetivo. El lector ya habrá notado que se da una contradicción entre un artículo que insta a proteger al empleado que ve afectada negativamente su salud por determinados aspectos de su puesto y otro que permite hablar de despido objetivo cuando el asalariado, de forma sobrevenida o conocida con posterioridad a la contratación, no puede, por causas de distinta naturaleza (incluyendo que ello suponga un menoscabo para su salud), desempeñar su actividad laboral. Tal problema no ha sido resuelto por el legislador y tampoco el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto. Por ello, resulta de especial interés descubrir cómo los tribunales aplican ambos

artículos; saber si, para que se pueda hablar de ineptitud sobrevenida (en aquellos casos en los que el afectado sea un TES), es preciso haber intentado cumplir previamente con las obligaciones preventivas de la LPRL. Para ello, se presentan las conclusiones extraídas de la lectura de abundante jurisprudencia reciente acerca del tema.

2. Artículos 25 y 26 LPRL

Los términos de la redacción del artículo 25.1 LPRL, en tanto norma que establece la obligación de una mayor atención en la labor preventiva de la empresa de cara a sus trabajadores con especiales sensibilidades, son poco precisos tanto a la hora de definir el concepto de TES¹ como en cuanto a las medidas preventivas que propone para su protección. Respecto a éstas, únicamente dice que se tendrán en cuenta las especiales sensibilidades para su protección y que no podrán en puestos de trabajo en los que, a causa de su especial sensibilidad, puedan ponerse en riesgo a sí mismos o a otras personas.

Esta carencia normativa responde a que el concepto de TES como tal es relativamente reciente². Tanto que continuamente se ha cometido el error de incluir dentro de esta

¹ A pesar de que este escrito no se centra tanto en el concepto de TES como en la protección que para él se ofrece por el ordenamiento jurídico, vale la pena realizar una breve referencia a cómo la doctrina ha definido LAS categorías presentes en el artículo 25.1 LPRL: No es necesario entrar al significado de “discapacidad física, psíquica o sensorial”, sin embargo, sí lo es apuntar que la LPRL no exige grado mínimo de minusvalía sino simplemente el reconocimiento judicial; cuando la Ley habla de “características personales” se refiere a “cualquier circunstancia que, aunque pueda ser irrelevante en el desarrollo vital ordinario o no laboral, pueda influir sobre la actividad que lleve a cabo el trabajador” que no tiene por qué tener su origen en una enfermedad profesional o accidente laboral (GARCIA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., *Artículo 25*, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N (Directores), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, ed. Comares S.L., Madrid, 2004, p. 252); la idea de “estados biológicos” incluye “toda enfermedad o síntoma de la misma que, sin ser invalidante, provoca la especial sensibilidad al trabajador frente a los riesgos relacionados con su puesto de trabajo” (COS EGEEA, M., *Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial*, Aranzadi Social, núm. 12/2010, versión electrónica (BIB \2164), 2010, p. 4); finalmente, se considera que la referencia a “situación transitoria” abarca síntomas tan diferentes como mareos, pérdida momentánea del control motriz, problemas de equilibrio, dificultades transitorias de visión, estado de estupor, intoxicación psicotrópica o embriaguez (COS EGEEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, ed. La Ley, 2009, p. 108 y 100-122, versión digital disponible en: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10748/CosEgea.pdf?sequence=1>) así como efectos secundarios incapacitantes de un medicamento concreto o situaciones de especial tensión tales como un ataque de pánico (LUQUE PARRA, M., SÁNCHEZ TORRES, E., *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. UGT Catalunya, Barcelona, 2008, p. 230).

² A parte de la Directiva 89/39/CEE de 12 de junio (la cual define exactamente qué es ese grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles), encontramos pocas disposiciones en las que aparezca. No fue hasta 1971, con la Orden de 9 de marzo, Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo que se prevé

noción únicamente a los trabajadores con alguna discapacidad, cuando son varias las circunstancias que pueden situar a una persona dentro de este colectivo³.

La vaguedad del concepto legal de trabajador especialmente sensible ha determinado que haya sido la jurisprudencia la que ha delimitado su contenido y el protocolo de actuación en tales supuestos⁴.

En una posición radicalmente opuesta se halla la protección de la maternidad⁵ en la LPRL. Aquella se contiene en su artículo 26, que establece de forma clara y detallada⁶ los pasos que deben seguirse para el caso en que una trabajadora tope con riesgos en su puesto de trabajo para su embarazo o lactancia⁷. Ese mismo régimen es el que los tribunales han configurado para los TES, aunque con algunas salvedades:

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). Posteriormente, a través de la abundante normativa acerca de casos específicos que se realiza en los años noventa (entre las que cabe destacar el RD 664/1997 de 12 de mayo sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos en su trabajo y el RD 665/1997 de 12 de mayo sobre la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo) que el concepto se fue configurando.

³ A modo de ejemplo, la jurisprudencia ha reconocido como supuestos que sitúan al trabajador dentro de la categoría de especialmente sensible desde el riesgo a una alergia a la tinta negra y las resinas plásticas por parte de un operador de productos químicos (STSJ Cataluña 2846/2005 de 4 de abril (JUR 2005\124355)), irritación en piel y ojos por contacto con disolventes orgánicos en una fábrica textil (STSJ Cataluña 1656/2012 de 1 de marzo (AS 2012\994)) o un eccema provocado por el contacto con cromo presente en diversos elementos de una tienda de electrónica (STSJ Madrid 68/2012 de 27 de enero (JUR 2012\114977)) hasta una minusvalía (la concurrencia de pérdida total de visión en un ojo, parcial en el otro suponen la minusvalía de un 58% de un fontanero y ello exige una especial prevención en cuanto a su salud en el trabajo, conforme a la STSJ Castilla La Mancha 2258/2013 de 18 de febrero (AS 2013\1339)), pasando por mareos, molestias en la espalda (la STSJ Cataluña 765/2014 de 3 de febrero (JUR 2014\90699)), habla de un trabajador que tras haberse sometido a una cirugía por la cual se implantan unos instrumentos para corregir determinados segmentos de la columna, ha de trabajar en un puesto con vibraciones constantes), artrosis (STSJ Castilla La Mancha 813/2013 de 18 de junio (JUR 2013\250996)) y diabetes (STSJ Cataluña 629/2008 de 23 de enero (JUR 2008\138737)).

⁴ STSJ Castilla La Mancha 518/2002, de 21 de marzo de 2002 (AS 2002\1636).

⁵ La protección de la maternidad ofertada por la LPRL es dinámica: no se limita a aquellos supuestos de riesgo para la gestación sino que también se pretende la protección de la leche materna. Así viene determinado en apartado cuarto, el cual se incluyó de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI).

⁶ El precepto establece la obligatoriedad de una evaluación de los riesgos específicos para la maternidad presentes en el puesto así como las medidas que habrán de adoptarse, (se presentan en orden de adopción y de forma subsidiaria). A saber: adaptar el puesto a fin de eliminar todo riesgo, cambiar a la trabajadora a un puesto de trabajo seguro o suspensión, cuando lo anterior no resultara posible.

⁷ Históricamente, la protección que se ha otorgado a la maternidad no venía como tal, sino enmarcada dentro de la protección general de la mujer en el ámbito laboral. Y ésta venía justificada por la consideración de las trabajadoras como un colectivo especialmente débil. Por ello, las medidas

La primera característica que cabe destacar de toda la protección específica para ambos colectivos consiste en que no se activa, y no es exigible su activación, hasta que no se tiene conocimiento por parte del empleador de la especial sensibilidad o estado de gravidez⁸ de su empleado o empleada. Una vez el empresario es consciente de que alguno de sus empleados requiere una mayor especificidad en materia de riesgos laborales, los pasos a seguir en aras al cumplimiento de la actividad preventiva son los siguientes:

2.1. Evaluación de riesgos laborales

Las medidas de prevención específicas pasan por que, además de la evaluación general de todo puesto de trabajo (artículo 16 LPRL), se realice otra más que tenga en cuenta las especiales sensibilidades del empleado cuando aquéllas aparezcan o se conozcan, cuando se prevea la incorporación de un TES a ese puesto de trabajo o cuando un cambio en las condiciones haga de un trabajador genérico uno especialmente sensible⁹ (artículo 25.1 LPRL). En el caso del riesgo durante el embarazo o la lactancia (artículo 26.1 LPRL¹⁰), ese examen de riesgos específicos se incluirá siempre dentro de la evaluación general¹¹.

preventivas a su favor consistían en una serie de prohibiciones que resultaban discriminatorias y, finalmente, no conseguían sino apartarlas del mercado laboral. Como resultado de una lenta evolución normativa, el legislador ahora busca la igualdad entre sexos y extrema sus precauciones a la hora de tomar medidas en este tema, para no afectar al derecho a la igualdad y, al mismo tiempo, proteger efectivamente la maternidad. El fin último es una normativa que no sitúe a la trabajadora en la tesitura de haber de elegir entre la maternidad y su vida laboral.

⁸ La STS 24 julio 2007 (RJ 2007\7382) afirma que no puede requerirse al empresario para que active las medidas previstas en el precepto analizado cuando éste no es consciente que su empleada está embarazada o en fase de lactancia.

⁹ GARCÍA NINET y VICENTE PALACIO se refieren a este cambio de condiciones del puesto como incorporación de nuevos equipos, técnicas, herramientas, o cambios en el material con el que se trabaja (GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., *Artículo 25*, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N (Directores), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, ed. Comares S.L., Madrid, 2004, p. 254, entre otros).

¹⁰ Se trata de una clara situación en la que se aplica uno de los principios establecidos en el artículo 15 LPRL consistente en “adaptar el trabajo a la persona”, ya que no se espera a tener una trabajadora embarazada o en fase de lactancia para conocer qué riesgos para ella puede haber (IGLESIAS CABRERO, M., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. Civitas Thomson, Madrid, 2008, p. 168).

¹¹ El diferente trato para TES y mujeres embarazadas o lactantes no responde a que se puede elaborar fácilmente una lista general de los elementos que, de estar presentes en su puesto de trabajo, pueden suponer para una mujer embarazada o en periodo de lactancia un menoscabo a su salud. Sin embargo, una especial sensibilidad puede ser resultado de muchas patologías distintas, y es imposible elaborar un inventario de todo aquello que pueda afectar a cualquier trabajador especialmente sensible.

2.2. Adaptación del puesto de trabajo

Cuando se ha constatado la existencia de riesgos para el empleado que lo ocupa dentro del puesto de trabajo, el empresario está obligado a tratar de eliminarlos a través de la adaptación del puesto a las específicas necesidades del TES o la mujer gestante o lactante. Dicha precisión no aparece en el artículo 25.1 LPRL, pero sí en el siguiente¹² y en la praxis judicial se ha venido reconociendo la preceptividad de intentar la adaptación¹³ de las condiciones de trabajo.

Es frecuente que tal proceso adaptativo pase por el abandono de los regímenes de turnicidad y nocturnidad¹⁴ o la exoneración de la realización de determinadas tareas propias del puesto las cuales tienen asociados complementos salariales (tales como pluses por trabajo en bajas temperaturas o con humedad¹⁵). Nada dice la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al respecto, y es escasa la jurisprudencia al respecto. Con carácter general, lo que sucede en tales casos es que las trabajadoras en estado de gestación o de lactancia mantienen los complementos no consolidables¹⁶, mientras que los TES no¹⁷.

¹² Artículo 26.1 LPRL.

¹³ La STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013\8434) se refiere al abandono del turno de noche por estar éste ligado a problemas de salud y dice lo siguiente: “estamos ante la posibilidad de que la empresa altere el turno de la trabajadora por razones que se insertan en las obligaciones de naturaleza preventiva”. En un sentido similar, STSJ Madrid 182/2006 de 24 marzo (AS 2006\1187), STSJ de Canarias 468/2001 de 31 de mayo de 2001 (AS 2001\4273), entre otras.

¹⁴ Es tal la importancia que estos regímenes pueden tener en la salud de los trabajadores que el artículo 26.1 LPRL los nombra. Ahora bien, de ello no puede inferirse una prohibición de colocar a trabajadoras embarazadas, en período de lactancia o TES en trabajo a turnos/nocturno con carácter general, sino únicamente cuando se acredite la existencia de un riesgo o problema de salud ligado a ellos (la STSJ Galicia 5658/2012 de 21 noviembre (JUR 2012\407091) declara que “ni la nocturnidad ni los trabajos a turnos implican por sí mismos un claro riesgo para la lactancia” para el caso de una enfermera que, teniendo un hijo lactante, trabaja en turnos rotatorios, incluido el de noche. En el mismo sentido STSJ Galicia 2709/2012 de 4 mayo (AS 2012\1650) y STSJ Asturias 318/2012 de 3 febrero (JUR 2012\56437)), en cuyo caso habrá derecho a la adscripción a un turno fijo y/o diurno (artículo 36.4 ET). De acuerdo con lo anterior encontramos más ejemplos en la jurisprudencia: entre otras, las SSTSJ Murcia 964/2012 de 26 noviembre (JUR 2012\407277) que exonera a una ATS lactante del trabajo a turnos y Galicia 3716/2011 de 8 de julio (JUR 2011\324950) que prohíbe a una trabajadora con diabetes el trabajo nocturno, al estar contraindicado con sus problemas de salud, etc.

¹⁵ STSJ Galicia 1208/2012 de 29 de febrero (AS 2012\1332).

¹⁶ Ello responde a que ha quedado probado que los trabajadores son más propensos a rechazar los programas de seguridad y salud en el trabajo cuando se ven afectados otros intereses, normalmente de carácter económico, y en el caso del embarazo no es sólo la seguridad de la trabajadora la que se pone en riesgo, sino también la de su hijo (BERTIN, J., *Health, Safety and Equity in the Workplace*, en STELLMAN, J.M., *Encyclopedia of Occupational Health and Safety*, *International Labor Organization*, 2011, versión electrónica, disponible en: <http://www.ilo.org/iloenc/part-iii/work-and-workers/item/350-health-safety-and-equity-in-the-workplace>). Por ello, la STSJ de Cataluña 6471/2000 de 20 de julio (AS 2000\3700)

2.3. Cambio de puesto de trabajo

Como es sabido, ante la imposibilidad de adaptación, o la persistencia del riesgo aun cuando aquélla se ha llevado a cabo, procede el cambio a otro puesto de trabajo exento de riesgo para el trabajador. De nuevo, la LPRL no contempla específicamente esta medida para los TES (sí para la protección de la maternidad, en el artículo 26.2), pero los tribunales han venido aceptando su aplicación¹⁸, de manera muy similar a lo establecido por el apartado segundo del artículo 26 LPRL. Sin embargo, la recolocación se realiza con ciertas diferencias entre las embarazadas y los TES: para el caso de la protección de la maternidad, en atención a la obligatoriedad y temporalidad (el traslado se extenderá sólo mientras dure el embarazo o período de lactancia) del cambio de puesto, se mantendrán los complementos salariales, incluidos los no consolidables, mientras que en el caso de los TES no¹⁹.

reconoce a una médico en el servicio de radiología oncológica el derecho a cobrar “las guardias no realizadas por imperativo legal, pues de otra forma no se hace plenamente efectivo el derecho de la trabajadora reconocido en aquel precepto (artículo 26 LPRL)”. Por otro lado, la STSJ Extremadura 561/2001 de 29 de noviembre, AS 2002\843, mantiene los complementos salariales de una celadora cuyas condiciones de trabajo se habían visto modificadas con motivo de su embarazo, adscribiéndose aquélla a turno fijo y exonerándola del trabajo de noches y festivos, diciendo lo siguiente “resulta difícil entender una protección de la mujer embarazada sin un respeto a las retribuciones que venía percibiendo (...) mantener que el embarazo es una situación que debe soportar económicamente la mujer no es acorde con una normativa que se autotitula ‘protección’ de la maternidad”. En un sentido muy similar, STSJ Cataluña 7909/2003 de 11 de diciembre (AS 2004\1171).

¹⁷ Esta diferenciación en el trato con respecto a las trabajadoras embarazadas o lactantes responde, según los tribunales a que “la protección de la maternidad responde a una situación muy especial y concreta, de manera que las provisiones que a este respecto tiene el ordenamiento jurídico tienen su razón de ser precisamente en esa especialidad, y no pueden ser aplicadas a distintos supuestos, pues no parece la voluntad legislativa” (SSTS de 27 de junio de 1993 (RJ 1993\5986) y 20 de diciembre de 1994 (RJ 1995\677) las cuales mantienen, además, que, en virtud del artículo 26.3 ET, salvo pacto en contrario no serán consolidables aquellos complementos que estén vinculados al puesto de trabajo).

¹⁸ Las SSTS de 4 de abril de 2006 (RJ 2006\3619), de 1 de julio de 2006 (RJ 2009\4289) y de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009\5921) afirman que la reubicación por motivos de seguridad e higiene resulta de preceptiva aplicación, siendo excusable únicamente cuando no existiese plaza vacante acorde con las cualidades del TES. Y en un mismo sentido, la STSJ Valencia 3819/2007 de 30 noviembre (JUR 2008\118783) dice “No se establece expresamente el derecho al cambio de puesto de trabajo, sino más genéricamente, el derecho (configurado en negativo) a no ocupar un puesto peligroso dadas las condiciones personales (físico-biológicas) del trabajador. De ello no obstante, no resulta difícil deducir implícitamente un derecho al cambio de puesto de trabajo”.

¹⁹ Es el caso de la STSJ La Rioja 237/2005 de 3 de noviembre (AS 2005\3441) que versa sobre un trabajador el cual desempeña sus funciones dentro de unos grandes almacenes en cámaras frigoríficas en condiciones de humedad y bajas temperaturas, motivo de las cuales recibe unos complementos salariales; en un momento dado se le diagnostica una rinitis hipertrófica crónica, incompatible con su trabajo en las cámaras, por lo cual solicita un cambio de puesto, que le es concedido pasando a ejercer de repositor, obteniendo el salario base y los complementos salariales propios de ese puesto. El trabajador exige

2.4. Suspensión del contrato

Cuando todo lo anterior resulta imposible (por no haber puestos disponibles exentos de riesgo para los cuales los trabajadores que han de ser reubicados cumplan con los requisitos) o no exigible al empresario²⁰, se adopta la última fase de la protección prevista en la LPRL: la suspensión del contrato de trabajo.

A pesar de que en las medidas preventivas anteriores ya aparecían diferencias entre el régimen de los TES y del riesgo para la maternidad²¹, es en ésta cuando más determinante resulta la separación entre uno y otro, pues en ningún caso se suspende el contrato a un trabajador a causa de su especial sensibilidad²². En el caso de estos últimos, lo sería poner fin a la relación laboral por vía del artículo 52.1.a) ET²³. Por el contrario, la idea del despido resulta impensable para el caso de la trabajadora embarazada o en estado de lactancia; en caso de extinción de su contrato, el despido se declararía nulo ex artículo 55.5 ET, y esta calificación es otra de las diferencias con los trabajadores especialmente sensibles, para los cuales, de no haberse seguido todos los pasos antes de la extinción del contrato, sería improcedente o incluso procedente (como más adelante se mostrará).

Así pues, cabe afirmar que, a pesar de que legalmente se establece un régimen muy distinto para los TES y las trabajadoras con riesgo para sus embarazos o períodos de lactancia, la praxis judicial los configura de una forma relativamente cercana (aunque con evidentes salvedades). Un punto en el que se distancian de forma importante es la suspensión del contrato, inviable para los TES, dado que se presenta como una medida de duración determinada y las especiales sensibilidades tienen, precisamente, una duración indeterminada. Por ello, la idea que el lector puede extraer del régimen de protección del TES es que, una vez intentada la adaptación del puesto y la reubicación del trabajador, sólo y únicamente como última opción es posible la extinción del

mantener sus complementos anteriores y el Tribunal, motivando su decisión conforme a lo previamente expuesto, le deniega este derecho.

²⁰ Los motivos que pueden acreditar esa inexigibilidad son todos aquellos que se enmarquen en los de tipo económico–empresarial.

²¹ La nota de temporalidad que acompaña el concepto de gestación y período de lactancia implica que todas las protecciones que se adapten con el fin de salvaguardar la maternidad, tengan una duración determinada. Y es precisamente eso lo que hace que sea posible la suspensión, de conformidad con el artículo 45.1.d) ET, del contrato mientras permanece la situación de riesgo o el estado biológico (el artículo 48.5 ET dice que “la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica”).

²² Es importante matizar la anterior afirmación, en tanto sí cabe una suspensión temporal cuando la especial sensibilidad no es perpetua. Más en adelante se detalla este tema.

²³ Ello no podrá suceder en el caso de que la especial sensibilidad fuera conocido en el momento de colocar al trabajador en la empresa, pues no cabría hablar de una situación sobrevenida.

contrato de trabajo. Sin embargo, en el siguiente apartado podrá valorarse que no necesariamente es así.

3. Tensión entre el artículo 25.1 LPRL y el artículo 52.1.a) ET

Parece que, de acuerdo con lo establecido por la LPRL, lo deseable sería que sólo en última instancia, tras haber intentado eliminar el riesgo del puesto del TES o apartarlo de aquél, quepa la idea del despido objetivo. Sin embargo, cuando el lector acuda al artículo 52.1.a) ET podrá comprobar que este precepto establece únicamente como requisitos para que la ineptitud pueda dar lugar al despido objetivo que aquélla sea sobrevenida o conocida con posterioridad a la colocación del trabajador de la empresa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo define la ineptitud sobrevenida recogida en aquél de la siguiente manera: “inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador: bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.”²⁴. Además, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha seguido desarrollando la doctrina del Supremo y exige la concurrencia de seis requisitos de tal ineptitud, los cuales el STSJ Madrid enuncia magníficamente en su Sentencia 6/2013 de 14 de enero²⁵. De acuerdo con ello la ineptitud sobrevenida debe:

- Ser verdadera y no simulada.
- Ser general, referirse al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no únicamente relativa a alguna de sus aspectos.
- Determinar aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión.
- Referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo.
- Resultar permanente y no meramente circunstancial.
- Afectar a las tareas de la prestación laboral y no a la realización de trabajos distintos.

A lo anterior, añade que “se debe constatar un resultado defectuoso del trabajo desarrollado, una disminución cualitativa y cuantitativa del rendimiento del trabajador, y que ese resultado (...) obedezca a causas exógenas al mismo”²⁶ Finalmente, es importante matizar que tales resultados han de quedar acreditados por la empresa para poder justificar la extinción de la relación laboral²⁷.

²⁴ STS 2 de mayo de 1990 (RJ 1990\3937).

²⁵ AS 2013\694.

²⁶ STSJ Madrid 819/2013, de 7 de noviembre (JUR 2013\357093).

²⁷ STSJ Castilla León 498/2014 de 16 de julio (JUR 2014\199603).

Evidentemente, la ineptitud sobrevenida puede darse en supuestos en los que no media una especial sensibilidad, pero lo cierto es que dentro de su ámbito de aplicación se incluyen algunos de los casos previstos por el artículo 25 LPRL y es en ellos donde se produce un choque entre los preceptos del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: no queda claro si ésta actúa como un límite al despido objetivo y el paso por las medidas que pretende se presenta como un requisito de cumplimiento necesario para la procedencia del despido en base al artículo 52.1.a) ET.

Quedan fuera de discusión aquellos supuestos en los que la especial sensibilidad del trabajador se conociese en el momento de colocarlo en la empresa²⁸, cuando aquélla no fuese invalidante para el desempeño de sus funciones²⁹ o si fuera temporal, en cuyo caso bastará con la suspensión del contrato³⁰ por incapacidad temporal (IT). Tampoco habrá problemas en los supuestos de gran invalidez (GI)³¹ o incapacidad permanente absoluta (IPA)³², pues procede la extinción automática del contrato³³ ya que las personas afectadas no pueden llevar a cabo ningún trabajo.

Así, el conflicto sólo aparece en caso de que haya una incapacidad permanente parcial (IPP)³⁴ o una incapacidad permanente total (IPT)³⁵. Es decir, el asalariado puede seguir

²⁸ El propio artículo 52 ET exige que la ineptitud sea sobrevenida, por lo que no puede haber sido conocida con antelación. Además, el artículo 25.1 LRPL no permite emplear a un trabajador en un puesto para el cual no reúna los requisitos.

²⁹ En este caso, se trata de una especial sensibilidad que no afecta a la aptitud del trabajador y por tanto no resulta problemática.

³⁰ La causa de suspensión del contrato consistente en la incapacidad temporal (artículo 128 LGSS) del asalariado aparece recogida en el artículo 45.1.c) ET. a reincorporación se producirá cuando el trabajador sea dado de alta o declarado afecto a lesiones permanentes no invalidantes o incapacidad permanente parcial.

³¹ “Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos” (artículo 137.6 LGSS).

³² Se refiere a aquella que “inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio” (artículo 137.5 LGSS).

³³ El propio Estatuto de los Trabajadores prevé la extinción del contrato para los casos de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta e incapacidad permanente total en el artículo 49

³⁴ La LGSS define la IPP como aquella incapacidad que no imposibilita el desempeño de la prestación laboral pero implica una reducción de, al menos, el 33% del rendimiento normal del trabajador (artículo 137.3).

³⁵ Esta incapacidad supone la inhabilitación para el trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (artículo 137.3 LGSS).

trabajando pero, en el caso de la IPP con menor rendimiento y en el de la IPT no en actividad habitual³⁶.

El objeto principal de este artículo consiste en saber de qué forma se resuelve esa contradicción entre los artículos 25 LPRL y 52 ET, pues uno permite la finalización de la relación contractual cuando un trabajador deviene inepto para el desempeño de las labores inherentes a su puesto de trabajo mientras que el otro pretende que, cuando un trabajador no pueda desarrollar con normalidad su trabajo porque, debido a sus características, determinados aspectos de su puesto resultan dañinos para su salud, lejos de despedirle, lo que el empresario ha de hacer es tratar de eliminar todos los riesgos y mantenerlo dentro de la empresa.

Entonces, ¿acaso el artículo 25 LPRL exige la adopción de las medidas anteriormente referidas de manera previa a que pueda procederse al despido de conformidad con el artículo 52.1.a) ET?

Para tratar de responder a dicha cuestión, he realizado un estudio jurisprudencial consistente en el análisis de más de cien resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de todo el Estado (dada la ausencia, salvo error, de un pronunciamiento del Tribunal Supremo) de los últimos años (la gran mayoría de pronunciamientos se enmarcan entre 2012 y 2014).

A continuación se presentan las conclusiones extraídas del estudio jurisprudencial:

En primer lugar, la prevención descrita en la Ley 31/1995 sólo restringe el despido por ineptitud sobrevenida cuando el resultado del examen médico es el de “apto con limitaciones”. Tal obligación queda reconocida por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia al afirmar que “la declaración de ‘apto con restricciones laborales’ no permite extinguir sin más el contrato por vía del despido objetivo fundado en incapacidad sobrevenida”³⁷. En un mismo sentido, la STSJ Madrid 102/2013 de 20 de febrero³⁸ defiende que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales obliga a un esfuerzo de adaptación antes del despido de los trabajadores declarados “aptos con limitaciones”, diciendo lo siguiente: “todos los mandatos de la LPRL son normas legales imperativas de ineludible aplicación y ello se traduce en que la empresa no puede limitarse a despedir por ineptitud sobrevenida sin haber justificado el cumplimiento de estas

³⁶ BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Lección 10: La incapacidad permanente*, *Curso de Seguridad Social*, ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2012, p. 430.

³⁷ STSJ Galicia 164/2013 de 17 de diciembre (JUR 2013\56078).

³⁸ JUR 2012\104828.

obligaciones”. Por su parte, la STSJ Andalucía 1093/2012 de 29 de marzo³⁹ sólo considera procedente el despido de un montador eléctrico declarado “apto con restricciones” tras comprobar que no es posible adaptar su puesto, o reubicarlo en otro exento de riesgo⁴⁰.

De manera contraria a lo que sucede con los trabajadores “aptos con limitaciones”, ante un resultado de “no apto” en el informe médico, la ineptitud sobrevenida se declara de forma automática en casi la totalidad de los casos analizados, sin necesidad de intentar adaptar o cambiar de puesto al TES. Así, la STSJ Castilla y León de 23 de julio de 2013⁴¹ reconoce que la obligación preventiva requiere el intento de adaptar el puesto pero “difícilmente puede adaptarse un puesto de trabajo cuando la adaptación pasa por no realizar los cometidos del mismo [en casos de “no apto”]” y, además, afirma que no hay ninguna norma que obligue a la reubicación del trabajador “no apto” en un puesto exento de riesgo, por lo que puede procederse, sin mayor trámite, al despido objetivo. Antes hablaba de la necesidad de acreditar por parte de la empresa la ineptitud para poder extinguir el contrato. Sin embargo, tras el estudio de la jurisprudencia puedo afirmar que con carácter general, los tribunales entienden suficientemente acreditada la falta de aptitud cuando se dispone de un informe de los servicios de prevención con resultado “no apto”.

Antes hablaba de la necesidad de acreditar por parte de la empresa la ineptitud para poder extinguir el contrato. Tras el estudio de la jurisprudencia puedo afirmar que con carácter general los tribunales entienden suficientemente acreditada la falta de aptitud cuando se dispone de un informe de los servicios de prevención con resultado “no apto”⁴². Lo anterior, sumado a que no se considera posible la adaptación del puesto para

³⁹ AS 2012\1033.

⁴⁰ En este caso el empleado sufrió una rotura del 5º metatarsiano de una mano y, tras una IT se reincorpora pero con una limitación parcial para las maniobras que exijan fuerza en la mano afectada. Como entre sus funciones estaban el montaje, repaso de soldadura manual y verificación de placas electrónicas (todas ellas exigen fuerza en las manos), se le cambia a otro puesto y, al comprobar que igualmente no es capaz de realizarlo la empresa vuelve a reubicarlo pero el rendimiento es realmente bajo. Únicamente después todo ello procede a extinguir el contrato de trabajo.

En un sentido similar, el mismo Tribunal, en la Sentencia 2312/2012 de 17 de octubre, JUR 2013\100541, declara procedente el despido de un ayudante de bobina en una fábrica de papel, declarado apto con limitaciones con motivo de una patología consistente en trastorno de pánico con agorafobia que exige la ingesta de fármacos contraindicados con el trabajo a turnos y el manejo de maquinaria pesada (características de su puesto). Como sus funciones exigen necesariamente el uso de maquinaria industrial, no procede adaptarlo y se comprueba que no hay puestos exentos de riesgo para los cuales el empleado reúna las facultades necesarias.

⁴¹ JUR 2013\276800.

⁴² Un claro ejemplo lo constituye la STSJ Cataluña 3436/2013 de 14 de mayo (JUR 2013\211890) que reza lo siguiente “la existencia de una ineptitud para el desarrollo de las funciones de técnico de

alguien que no es apto para el mismo⁴³ y que los tribunales afirman que no existe norma alguna que obligue a la reubicación del empleado, supone que lo más frecuente ante una declaración de “no apto” de un trabajador, es que se acepte la existencia de ineptitud sobrevenida, y la extinción del contrato por la vía del artículo 52.1 ET se considere procedente.

No obstante lo anterior, sí es cierto que en determinados contextos, los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas consideran que no es lícito el despido de un trabajador “no apto” según el informe. En las siguientes líneas se mostrarán cuáles son esas circunstancias en las que se declaran improcedentes las extinciones contractuales. Las razones que pueden motivar la improcedencia de la extinción del contrato son las siguientes:

La primera de ellas tiene que ver con el requisito referente a la inexistencia o desconocimiento de la ineptitud en el momento de colocar al trabajador en su puesto: cuando no sea sobrevenida, evidentemente, no cabrá el despido. A este respecto, la STSJ Madrid 958/2011 de 11 de noviembre⁴⁴ considera que no lo es la ineptitud de un asalariado que ya padecía epilepsia al momento de ser contratado, quien además superó el examen inicial y todos los posteriores y desarrolló siempre correctamente sus funciones; sólo tras haber puesto en conocimiento del empleador su patología (años después), éste le requirió para que volviera a realizar las mismas pruebas y entonces fue declarado “no apto”. Por su parte, la STSJ Galicia 30/2014 de 17 de diciembre⁴⁵ tampoco considera que pueda hablarse de una situación sobrevenida cuando la empresa tenía conocimiento desde hace tiempo de las especiales sensibilidades de un marinero de puente y máquinas, que le impedían cumplir correctamente con su trabajo.

tratamiento de agua se reconoce en el citado informe del servicio de prevención de riesgos laborales, por lo cual se ha de afirmar que la decisión adoptada por la empresa es totalmente ajustada al derecho”

⁴³ Lo cual, en muchos casos será cierto, como en el descrito en la STSJ Valencia 1851/2013 de 26 de julio (AS 2013\2967) en la que un comandante de vuelo no supera las pruebas de simulación para la verificación de su competencia y revalidación de la habilitación para volar (así, en este caso resulta procedente la extinción del contrato por vía de la extinción sobrevenida, y así lo manifiesta el TSJ de Valencia); pero habrá otros en los que no esté tan claro que no pueda procederse a una adaptación, como el de la STSJ Madrid 819/2013 de 7 de octubre (que posteriormente se detalla) en el que el Tribunal no considera que el empleado no sea apto para su puesto en conjunto, sino para determinadas de las funciones de aquél, pudiendo simplemente eximir al trabajador de su realización. También la STSJ Islas Baleares 48/2009 de 20 de febrero (JUR 2009\188767) considera que podría haberse adaptado el puesto de un trabajador que fue declarado “no apto” por la mutua para su puesto (y posteriormente despedido) tras tres informes en los que se recomendaba un cambio en sus funciones (en las dos resoluciones citadas el Tribunal declara improcedente el despido).

⁴⁴ Sentencia reconocida como válida en el ATS de 18 de diciembre de 2012 (JUR 2013\40310).

⁴⁵ JUR 2014\28180.

Otra causa para la improcedencia del despido consiste en que exista una norma convencional que prevea para los casos de “no apto” una solución del tipo reubicación en otro puesto, aun cuando la falta de aptitud sea sobrevenida. Este es el caso de la STSJ Castilla La Mancha 751/2014 de 17 de junio⁴⁶, en la cual el articulado del convenio obligaba tanto a la empresa como al trabajador “no apto” a trasladarse a lo que denomina “la segunda actividad”, consistente en un listado de puestos de distinto tipo que resultan menos arriesgados. El hecho de que haya de estar previsto en una norma convencional resulta significativo, pues implica que si se quiere garantizar la reubicación del trabajador no apto, no basta con la aplicación de la LPRL.

A pesar de que los dos casos anteriores son motivo para que se declare improcedente el despido, no se pone en duda en ningún momento la corrección del informe del servicio de prevención y menos aún que un informe desfavorable conlleve, necesariamente, una ineptitud para la realización de las funciones. De hecho, son contadas las ocasiones en que ello sucede.

Lo cierto es que para que un tribunal declare ilícito un despido por considerar que el informe del servicio de prevención acerca de la aptitud del asalariado no es correcto ha de darse una de estas dos circunstancias: que obren en autos documentos del servicio público de salud que contradigan dicho informe o que éste sea manifiestamente incorrecto.

Así, en el primero de los supuestos topamos con casos como el de un vigilante de seguridad, el cual siempre había superado los controles de la empresa, que sufre un desvanecimiento durante el servicio y es trasladado al hospital (donde obtiene un informe en el que se manifiesta que es apto para realizar su actividad); a raíz de ese incidente, se le somete a un control por parte de la mutua de la empresa, el cual lo califica como “no apto” y por ello se procede a su despido. Ante tales acontecimientos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁴⁷ considera que el informe no contiene un proceso de análisis de los elementos de elaboración que formaron tal conclusión⁴⁸ pues

⁴⁶ JUR 2014\190581

⁴⁷ STSJ 744/2012 de 31 de enero (JUR 2012\118169).

⁴⁸ Otro caso en el cual el informe de un médico del servicio público de salud obra un importante papel es el descrito en la STSJ Castilla y León 498/2014 de 16 de julio, en el cual un operario de la industria alimentaria cuyas funciones incluyen levantar y transportar cargas de alrededor 20 Kg, contacto con productos químicos y trabajo en alturas entra en situación de IT que desemboca en un expediente de IPP, el cual se resuelve de forma denegatoria por el INSS, que considera que las lesiones sufridas por el trabajador no disminuyen su capacidad laboral e incluye un informe por el cual se advierte de que, con motivo de diferentes dolencias en la zona cervical, el trabajador queda limitado a trabajos de riesgo y aquellos que requieran esfuerzo en el eje axial (mover cargas rotando el tronco de un lado a otro); tras su reincorporación es declarado “no apto” y posteriormente despedido. El Tribunal considera que la empresa

aquéllos no se detallaban de manera suficiente como para contradecir el informe médico del hospital.

Cuando se habla de un informe manifiestamente incorrecto, quiere hacerse referencia a aquel que se ha elaborado obviando las pruebas necesarias (como el caso de una limpiadora que es declarada “apta con limitaciones” para trabajar al nivel del suelo y levantar cargas de más de 5Kg por problemas en la espalda y apenas quince días después, sin que se haya sobrevenido ninguna circunstancia nueva ni se le haga una nueva evaluación en dicho período de tiempo, es declarada “no apta” a través de un nuevo informe⁴⁹) o que no acredita que las dolencias impidan al empleado realizar su trabajo (como sucede en la STSJ Madrid 819/2013 de 7 de octubre, en la cual se despide a un inspector en una empresa de seguridad, encargado de verificar y comprobar el cumplimiento de los trabajadores y conductores de la empresa, así como tareas administrativas de control y seguimiento de expedientes, porque el servicio de prevención lo declara “no apto” para las tareas de detección de explosivos y posturas forzadas; el Tribunal considera que no queda probado que las limitaciones le impidan llevar a cabo las tareas de su puesto).

En ninguno de los supuestos dice la justicia que la empresa haya de tratar de mantener al trabajador en su puesto de trabajo una vez ha sido declarado “no apto” y que haya que intentar, previamente a la extinción contractual, adaptar su puesto o reubicar al empleado, cosa que sí se exige cuando el trabajador es “apta con limitaciones”⁵⁰.

Algunas (aunque escasas) sentencias muy recientes se inclinan por desechar ese vínculo indisoluble entre “no apto” e ineptitud sobrevenida. Así, la STSJ Asturias 1342/2014 de 13 de junio⁵¹ establece que a los efectos de determinar la concurrencia de la causa para un despido por ineptitud sobrevenida se revela insuficiente el diagnóstico de la entidad aseguradora, de tal manera que la declaración de “no apto” de un trabajador efectuada por un servicio de prevención como consecuencia de la revisión médica a la que puede ser sometido no es causa automática para que opere el artículo 52.a) ET⁵², sino que ha de quedar probado que, efectivamente, el empleado no es competente para la realización de las tareas de su puesto. Sin embargo, no exige tal prueba conlleve acreditar la

no ha probado que las limitaciones detectadas le impidan o disminuyan su capacidad para llevar a cabo las tareas básicas de su puesto.

⁴⁹ STSJ Madrid 953/2013 de 11 de noviembre (JUR 2013\383802).

⁵⁰ Por citar algunas de las resoluciones en este sentido, que aparecen referidas a lo largo del texto, véanse STSJ Galicia 164/2013 de 17 de diciembre (JUR 2013\56078) Madrid 102/2013 de 20 de febrero (JUR 2012\104828), Andalucía 1093/2012 de 29 de marzo (AS 2012\1033) y 2312/2012 de 17 de octubre (JUR 2013\100541), entre otras.

⁵¹ JUR 2014\187574

⁵² En el mismo sentido, STSJ Cataluña 744/2012 de 31 de enero (JUR 2012\118169).

imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo o reubicar al trabajador en otro, sino que la falta de aptitud que revela el informe médico tiene entidad suficiente para hablar de ineptitud.

En definitiva, la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales queda supeditada al resultado de los controles periódicos realizados por las mutuas y los servicios de prevención⁵³, adquiriendo en estos casos un papel determinante. En realidad, el resultado de “no apto” es de cara al propio puesto de trabajo y las actividades que en él se desarrollan, no para el resto, por lo que a través de una reubicación, en muchos casos podría solventarse la problemática. Sin embargo, dado que no se trata de un caso de “apto con limitaciones”, el empresario no está obligado a llevar a cabo ese cambio de puesto y, por tanto, puede proceder al despido objetivo.

Así, la falta de regulación deja en manos de la jurisprudencia el destino de los trabajadores especialmente sensibles y ésta, a su vez, se lo cede a los servicios de prevención, los cuales perfectamente pueden incurrir en errores⁵⁴. De hecho, tampoco queda claro el criterio que utilizan los servicios médicos para considerar a un trabajador “no apto” o “apto con limitaciones”, pues de la jurisprudencia analizada se extrae que una misma (o similar) patología en unos casos puede considerarse motivadora de una falta de aptitud total, o simplemente de unas restricciones. Un claro ejemplo de esa disparidad nos lo dan las SSTSJ Castilla La Mancha 336/2014 de 14 de marzo⁵⁵ y 6/2013 de 14 de enero de 2013⁵⁶: la primera de ellas presenta el caso de una limpiadora, en el que una discapacidad del 37% fue determinante de una aptitud con limitaciones, mientras que en la segunda, un grado inferior, (33%) supone la declaración de “no apta” para la misma actividad profesional⁵⁷.

⁵³ Así lo reconoce la STSJ Castilla la Mancha 751/2014 de 17 de junio (JUR 2014\190581) al decir lo siguiente: “En supuestos de la naturaleza del que ahora se analiza [ineptitud sobrevenida] que la decisión empresarial queda condicionada al criterio del servicio de prevención (...)”.

⁵⁴ De hecho, puede darse el caso en el que un trabajador inicialmente declarado “apto con limitaciones” por una determinada sintomatología, sea declarado “no apto” sin que aquélla haya variado (es el caso de la STSJ Madrid 953/2013 de 11 de noviembre, en la que una trabajadora de limpieza que fue declarada “no apta” sólo quince días después de haber obtenido un informe de “apta con limitaciones” sin haberse sobrevenido circunstancias nuevas o habersele practicado prueba alguna en ese tiempo).

⁵⁵ JUR 2014\92462

⁵⁶ AS 2013\694

⁵⁷ Son muchos otros los ejemplos de la falta de criterio a la hora de declarar la falta de aptitud de un trabajador. Así, la STSJ Andalucía 3320/2012 de 21 de noviembre (JUR 2013\125781) muestra como un caso de IPT, primero se considera a la trabajadora “apta con limitaciones” y algún tiempo después, sin que su grado de incapacidad aumente, “no apta”.

En cuanto a dolencias que no suponen ningún tipo de discapacidad o incapacidad y que, sin embargo, sí condicionan el cumplimiento de las funciones por parte del TES, como pueden ser las distintas dolencias de espalda, sucede lo mismo. Puesto que puede resultar ejemplificativo, se muestran algunos supuestos en

4. Conclusiones

La primera conclusión que puedo extraer del estudio del artículo 25 LPRL y su aplicación en la praxis judicial es que, si bien los términos de su redacción distan mucho de los del artículo 26, los tribunales han configurado un régimen de protección para los TES relativamente próximo al de la maternidad.

No obstante, la falta de concreción legal de esa prevención específica que requieren los TES hace que éstos se hallen en una situación de inseguridad jurídica. En primer lugar, porque consecuencia de la escasez normativa es la necesidad de que sean los tribunales los que decidan el destino de los trabajadores afectos por una especial sensibilidad. Tal y como se ha visto anteriormente, lo han hecho aproximándolos a la situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia. El problema es que podría no haber sido así, podría haberse tomado otro camino a este respecto. Del mismo modo, quién sabe si en el futuro no cambiará este criterio, y la protección del TES vendrá entendida de una forma completamente distinta a la que hasta ahora se venía realizando.

La forma en la cual los jueces aplican los artículos 25.1 LPRL y 52.1.a) ET hace que el paso por las obligaciones preventivas de cara a los TES sea requisito para la procedencia del despido objetivo únicamente en aquellos supuestos en los que el servicio de prevención lo considere “apto con limitaciones”, no así “no apto”. Algunos tribunales son más paternalistas y entran a valorar la corrección del informe médico, sin embargo, la gran mayoría asumen que con ante un “no apto” queda acreditada la existencia de una ineptitud sobrevenida y por tanto la licitud del despido. De modo que, dependiendo de dónde se presente la demanda, un mismo informe puede ser considerado correcto o no.

Mayor gravedad adquiere lo anterior cuando ha quedado probado que no hay un criterio uniforme a la hora de calificar a alguien como “apto con limitaciones” o “no apto”,

los que lesiones que provocan las mismas contraindicaciones, obtienen calificaciones distintas: como la realización de posturas forzadas (SSTSJ Valencia 2698/2013 de 10 de diciembre (JUR 2014\176104), Asturias 1342/2014 de 13 de junio (JUR 2014\187574)), levantamiento de cargas o movimientos repetitivos (SSTSJ Andalucía 1636/2012 de 18 de octubre (JUR 2013\249925), Madrid 102/2012 de 20 de febrero (JUR 2012\104828), Madrid 24/2014 de 19 de marzo (JUR 2014\107911)). Todas ellas pueden quedar incluidas dentro de supuestos de “no apto” (STSJ Valencia 2698/2013, STSJ Madrid 819/2013, Andalucía 1636/2012) o “apto con limitaciones” (SSTSJ Madrid 102/2012 de 20 de febrero, Asturias 1342/2014 de 13 de junio, Madrid 24/2014 de 19 de marzo,) de forma indistinta.

Tampoco el hecho de que el TES haya tramitado un expediente de incapacidad permanente con resultado negativo parece ser determinante a la hora de calificarlo como “no apto” (STSJ Castilla León de 23 de julio 2013 (JUR 2013\276804)) o “apto con restricciones” (STSJ Asturias 1342/2014 de 13 de junio (JUR 2014\187574)).

cuando tales etiquetas se ponen de forma indistinta ante una misma patología, dependiendo del servicio de prevención.

De todo lo presentado, puede derivarse una conclusión global: la inseguridad jurídica para el TES es absoluta. Son demasiadas las variables que pueden determinar si su vinculación con la empresa ha de protegerse o puede finalizarse fácilmente.

Esta problemática desaparecería si hubiese una regulación que fijase cómo actuar ante las especiales sensibilidades de los trabajadores (aunque, evidentemente, por la gran variedad de la casuística, los tribunales seguirían jugando un papel vital) similar a la de las mujeres embarazadas o lactantes. Como ya se explicó en el texto, la minuciosidad con la que se regula la protección de la maternidad responde a que las mujeres como madres han sido históricamente un colectivo con un gran peligro de sufrir discriminación. No obstante, los TES también podrían quedar sujetos a discriminación por motivo de su enfermedad o patología, aunque ésta no resulte tan evidente. De hecho, el Tribunal Supremo sólo reconoce que pueda producirse una afectación al derecho constitucional a la prohibición de discriminación (artículo 14 CE) cuando se aprecie en ella un elemento de segregación⁵⁸. No puedo compartir tal postura. No sólo las personas con discapacidad o afectas por una enfermedad que produce un alto rechazo social se ven apartadas por su estado de salud o especial sensibilidad. En este sentido GINÈS I FABRELLAS⁵⁹ apunta acertadamente a enfermedades y trastornos psicológicos, los cuales históricamente han resultado estigmatizadores para quien los padecen.

En todo caso, aún cuando se niegue la relación de los TES con la no discriminación que predica el artículo 14 CE, el hecho de que el artículo 25 LPRL contenga tan escueta regulación de las medidas preventivas también supone, una afectación a otro derecho fundamental: el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), pues el propio Tribunal Constitucional reconoce que la salud está contenida en este precepto y que dentro del ámbito de las relaciones laborales, se manifiesta en el derecho de los trabajadores a no sufrir menoscabo de su salud como consecuencia de su actividad laboral. Pues bien, una protección integral del derecho a la integridad física del trabajador pasaría por una regulación completa, en la que se plasmen todos los extremos de las medidas preventivas para el caso de que un asalariado tenga especial sensibilidad. Sin embargo, ahora hay un vacío legal que deja al TES en una situación de incertidumbre y expuesto a la decisión (más o menos arbitraria) de los servicios de prevención de la empresa.

⁵⁸ Por ejemplo, en el caso del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida.

⁵⁹ GINÈS I FABRELLAS, A., *La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo*, Aranzadi Social, núm. 18/2010, 2010, p. 15. Versión digital (BIB 2009\2050).

Después de haber presentado las conclusiones que he podido alcanzar tras haber profundizado en el estudio de este tema, quisiera poner final a mi escrito diciendo que la única manera de resolver la problemática planteada con respecto a los TES consiste en colmar el vacío legal que hay en lo referente a su protección:

El artículo 25.1 LPRL habría de contener cada una de las obligaciones a las que quedaría sujeto el empresario y el orden de aplicación de las mismas. Tales medidas consistirían, igual que en el caso del riesgo para el embarazo y la lactancia, en tratar de adaptar el puesto a las necesidades de seguridad específicas del trabajador (que se habrían detectado a través de una evaluación de riesgos) y, de no ser posible en un cambio de puesto de trabajo exento de riesgo y para el cual el asalariado estuviera capacitado. En el caso de que no fuera viable lo anterior (o que, aun siéndolo, no fuese exigible al empresario) y que la especial sensibilidad se manifestase de forma temporal, tendría que procederse a la suspensión del contrato por incapacidad temporal de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1.c) ET. Mientras que si, por el contrario, fuera de carácter perpetuo, tendría que procederse a la extinción del contrato de trabajo según el artículo 52.1.a) ET.

Además, y para poner fin a la controversia que surge entre la protección para el TES y el despido por ineptitud sobrevenida, la LPRL tendría que hacer hincapié en la preceptividad de haber intentado cumplir con las medidas de prevención en ella descritas de manera previa a la finalización de la relación laboral, pues en caso contrario el despido no sería lícito.

Respecto a la calificación del despido, creo que tendría que ser nulo ya que de no cumplir con lo establecido por el modificado artículo 25 LPRL se estaría ignorando una norma de derecho encaminada directamente al aseguramiento de un derecho fundamental (artículo 15 CE). A tal fin, debería modificarse el artículo 55.5 ET (no tiene sentido que una Ley de carácter preventivo entre a hablar acerca de la calificación de un despido) y también sería adecuado incluir dentro del artículo 4.2.c) ET la enfermedad o especial sensibilidad como causa de discriminación.

5. Bibliografía

BERTIN, J., *Health, Safety and Equity in the Workplace*, en STELLMAN, J.M., *Encyclopedia of Occupational Health and Safety, International Labor Organization*, 2011, versión electrónica, disponible en: <http://www.ilo.org/iloenc/part-iii/work-and-workers/item/350-health-safety-and-equity-in-the-workplace>.

BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, ed. Tirant lo Blanch, Barcelona, 2012.

COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, ed. La Ley, 2009, p. 51-75 y 100-122, versión digital disponible en:

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10748/CosEgea.pdf?sequence=1>

COS EGEA, M., *Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial*, Aranzadi Social, núm. 12/2010, versión electrónica (BIB \2164), 2010.

GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., *Artículo 26*, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. (Directores), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, ed. Comares S.L., Madrid, 2004, p. 250-272.

GINÈS I FABRELLAS, A., *La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo*, Aranzadi Social, núm. 18/2010, Versión digital (BIB 2009\2050), 2010.

IGLESIAS CABRERO, M., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. Civitas Thomson, Madrid, 2008, p. 163-173.

LUQUE PARRA, M. y SÁNCHEZ TORRES, E., *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. UGT Catalunya, Barcelona, 2008, p. 226-247.

Fecha recepción: 2.11.2014
Fecha aceptación: 16.12.2014