GUÍA JURÍDICO-PRÁCTICA SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD

La Suma de Todos

Comunidad de Madrid

www.madrid.org

full audit
soluciones estratégicas

Primera edición: noviembre de 2014

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita del Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Contenido:
Full Audit

Coordinación:
Dña. Mª Graciela Romero Bañolas
Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Técnico Habilitado de Prevención de Riesgos Laborales. Área de Seguridad e Higiene.

Coordinación interna:
Dra. Raquel Serrano Olivares
Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona.

D. Daniel Tapial Romero
Auditor en prevención de Riesgos Laborales. **Full Audit, S.A**

Autores:
Dra. Anna Ginès i Fabrellas
Profesora ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social acreditada a Profesor Contratado Doctor, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Dr. Manuel Luque Parra
Catedrático acreditado, Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona.

Dra. Raquel Serrano Olivares
Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Barcelona.

Maquetación:
Full Audit, S.A.

La Suma de Todos

CONSEJERÍA DE EMPLEO, TURISMO Y CULTURA
Comunidad de Madrid
www.madrid.org

ÍNDICE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1
CONTEXTO DE LA GUÍA 5
CAPÍTULO I. 16
A. Discapacidad, discapacidad reconocida, enfermedad y discriminación 17
1. Desde una perspectiva legal ¿existe una definición de persona con discapacidad? 17
2. ¿Los términos "discapacidad" y "discapacidad reconocida" son sinónimos o análogos? 19
3. En una primera aproximación, ¿las diferentes situaciones de personas con discapacidad reciben un tratamiento jurídico (de protección) igual o similar? 21
4. ¿Son equiparables los conceptos de "discapacidad" y "enfermedad"? 22
5. ¿Constituye la discapacidad un factor de discriminación prohibido? 23
6. ¿Constituye la enfermedad un factor de discriminación prohibido? 23
B. Personas trabajadoras con discapacidad y trabajadores especialmente sensibles (TES) 24
7. ¿El concepto de TES está relacionado con la prevención de riesgos laborales? 24
8. En términos legales, ¿existe una definición de TES? 24
9. ¿A qué características personales se refiere el legislador cuando habla de TES? 25
10. ¿Es posible equiparar las nociones de "TES" y de "persona trabajadora con una discapacidad – reconocida o no –" ? 25
11. Siendo así, ¿qué tipo de TES podríamos diferenciar, conjugando esta noción con la de persona con discapacidad? 27
12. En conclusión ¿puede haber un supuesto de una persona trabajadora con una discapacidad reconocida que no sea TES? 27
CAPÍTULO II. 28
13. ¿Es posible considerar la regulación en materia de contratación y personas trabajadoras con discapacidad como una cuestión relacionada con su prevención de riesgos laborales? 29
14. ¿El concepto normativo de persona trabajadora con discapacidad en materia de contratación viene referido a cualquiera de los supuestos analizados que integran dicha situación? 29
A. Políticas activas de empleo y promoción del empleo de las personas con discapacidad 29
15. ¿Qué normas regulan el fomento del empleo de las personas con discapacidad? 30
16. ¿Cuáles son las previsiones que en materia de "cuotas de reserva" se disponen para los trabajadores con discapacidad reconocida? 32
17. ¿Cómo se ha de realizar el cómputo de trabajadores/as para determinar dicha cuota de reserva? 33
18. ¿Qué medidas se prevén para garantizar las cuotas de reserva? 33
19. ¿La obligación de reserva debe cumplirse estrictamente en sus propios términos? 34
20. ¿A través de qué medios es posible la sustitución de la obligación de reserva por medidas alternativas? 34
21. En la práctica ¿es difícil que concurran algunas situaciones de excepcionalidad que permitan recurrir a medidas de cumplimiento alternativas? 34
22. ¿La norma concreta cuáles son las medidas alternativas previstas? 35

23. ¿Existen mecanismos de seguimiento del cumplimiento de dichas medidas alternativas? 37
24. ¿Se prevén infracciones y sanciones en materia de cuotas de reserva y medidas alternativas? 37
25. En el ámbito de la contratación administrativa, ¿es posible que las AA.PP. controlen el cumplimiento de la cuota de reserva por parte de las empresas con las que pretendan contratar? 38
26. En conclusión ¿es posible valorar de manera positiva las previsiones en materia de cuota de reserva? 39
B. Incentivos a la contratación 39
27. ¿Qué son los incentivos a la contratación? 39
28. ¿Existen incentivos a la contratación de personas con cualquier tipo de discapacidad? 40
29. ¿Cuáles son los incentivos a la contratación de personas con discapacidad reconocida? 40
C. Especialidades en materia de contratación laboral de personas con discapacidad 44
30. En materia de contratos laborales, ¿existen especialidades relativas a las personas con discapacidad? 44
CAPÍTULO III. 48
31. ¿Por qué se establecen medidas especiales de protección para las personas trabajadoras especialmente sensibles, incluyendo a las personas con discapacidad? 49
32. ¿Cuáles son las medidas preventivas que deben tenerse en cuenta? 49
A. Aspectos generales de la gestión preventiva 50
A.1. Plan de prevención: evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva 50
33. ¿Qué trascendencia práctica tiene el hecho de que el legislador requiera en el artículo 16 LPRL una actividad de planificación y no simplemente de prevención? 50
34. ¿Todas las empresas están obligadas a presentar un Plan de Prevención? 51
35. . ¿Cuál es el contenido de un Plan de Prevención? 51
36. ¿Debe negociarse con los representantes de los trabajadores el Plan de Prevención? 52
37. ¿Quién puede/debe realizar el Plan de Prevención? 53
38. ¿Cuándo debe llevarse a cabo la evaluación de riesgos laborales? 53
39. Con relación a los trabajadores con discapacidad ¿la evaluación y planificación de la actividad preventiva ha de tomar en consideración su especial condición subjetiva? 54
A.2. Información y formación 55
40. ¿Sobre qué aspectos debe el empresario informar a los trabajadores/representantes de los trabajadores? 55
41. Con relación a los trabajadores con discapacidad ¿la información que en materia preventiva deben recibir normalmente será de la misma entidad y contenido que la de un trabajador sin discapacidad? 55
42. ¿El deber de formación a los trabajadores, queda circunscrito a aquéllos que desempeñan funciones específicas relacionadas con la prevención de riesgos laborales? 56
43. ¿Es el empresario quien debe ejecutar materialmente dicha formación? 56
44. ¿En qué momento debe impartirse la formación? 57
45. ¿Los trabajadores están obligados a asistir a los cursos de formación en materia de prevención? 57

46. Con carácter general ¿puede impartirse la formación fuera del horario habitual del trabajador? ¿En caso de que se realice dentro del horario, el empresario puede obligar a recuperar las horas no trabajadas? 58
47. ¿En caso de que la formación deba llevarse a cabo fuera de las instalaciones de la empresa, quien deberá asumir los gastos de desplazamiento y manutención, si se producen? 58
48. Con relación a las personas trabajadoras con discapacidad ¿la formación que en materia preventiva deben recibir normalmente será de la misma entidad y contenido que la de un trabajador/a sin discapacidad? 58
B. Vigilancia de la salud y personas trabajadoras con discapacidad 59
49. ¿Cómo puede determinar el empresario que una persona trabajadora presenta alguna discapacidad y es, además, un TES? 59
50. En la LPRL ¿se prevé de manera expresa la obligación empresarial de vigilar la salud de los trabajadores, incluidos los TES? 59
51. El empresario ¿está obligado a vigilar la salud de los TES en relación con riesgos no laborales? 60
52. Desde la perspectiva de la normativa española, ¿cómo se conceptúa la vigilancia de la salud de los trabajadores? 61
53. . ¿Cuáles son las finalidades que debe cumplir la vigilancia de la salud de los trabajadores? 61
B.1. Distinción conceptual: vigilancia de la salud y reconocimientos médicos 61
54. En el artículo 22 LPRL ¿se diferencia entre vigilancia de la salud y reconocimientos médicos? 61
55. ¿Es posible diferenciar entre vigilancia de la salud y reconocimientos médicos? 62
B.2. Reconocimientos médicos voluntarios. La voluntariedad para las personas trabajadoras como regla general 62
56. Con relación a los reconocimientos médicos vinculados a los riesgos derivados del trabajo, ¿el TES está obligado a someterse a ellos? 62
57. ¿Cuál es la regulación actual sobre enfermedades profesionales? 66
58. ¿Existe la obligación empresarial de realizar reconocimientos médicos en aquellos puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional? 66
59. ¿Existe la obligación del TES de someterse a un reconocimiento médico en aquellos puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional? 67
60. En caso de que el TES se niegue a someterse a un reconocimiento médico en aquellos casos en los que su realización es obligatoria (imagínese, enfermedad profesional), ¿es posible que el empresario proceda a sancionarle? 67
61. En conclusión, ¿cómo se ha de interpretar el carácter generalmente voluntario pero en determinadas circunstancias obligatorio de los reconocimientos médicos dispuesto en el artículo 22 de la LPRL? 68
62. ¿Diferencia la normativa preventiva entre distintos tipos de reconocimientos médicos en función del momento en que se pretenden llevar a cabo? 69
63. En relación con los reconocimientos médicos no vinculados a los riesgos inherentes al trabajo, ¿el TES está obligado a someterse a ellos? 71
64. ¿A qué información médica puede tener acceso el empresario? 72
65. ¿El empresario puede tener acceso a la información médica personal del trabajador? 72

66. ¿Qué intervención tienen los representantes de los trabajadores/delegados de prevención en materia de vigilancia de la salud de los TES y reconocimientos médicos? 72
C. Personas trabajadoras con discapacidad y medidas preventivas: *iter* preventivo 73
C.1. Sobre el deber de adaptación del puesto de trabajo 73
67. Con carácter general ¿la normativa impone al empresario el deber de adaptar el puesto de trabajo a las características del TES? 73
68. ¿Nuestros órganos judiciales tienen una posición de estricta exigencia del cumplimiento de dicho deber de adaptación? 73
69. ¿Existe una tendencia en los últimos años en los pronunciamientos judiciales sobre este debate? 74
70. En caso de que el TES sea una persona con una discapacidad, ¿existe una posición más clara de los órganos judiciales? 74
71. En caso de que el TES sea una persona con discapacidad, ¿la normativa sobre derechos de las personas con discapacidad contempla la obligación empresarial de realizar "ajustes razonables" del puesto/condiciones de trabajo? 75
72. ¿Qué se entiende por "ajustes razonables"? 76
73. En una primera valoración, ¿debería revisarse el concepto regulado en la normativa española sobre "ajustes razonables" a la luz de la última doctrina judicial comunitaria? 77
C.2. "Ajustes razonables para las personas con discapacidad": las exigencias de la Directiva 2000/78/CE y su interpretación por parte de la jurisprudencia del TJUE 77
74. ¿Cuáles son los hechos que se analizan en el asunto Ring? 77
75. De conformidad con la normativa internacional y comunitaria ¿el concepto de "ajustes razonables para las personas con discapacidad" debe entenderse en sentido amplio? 79
76. ¿Dentro del concepto de "ajustes razonables" se puede incluir el cambio de funciones o de puesto de trabajo? 79
77. Desde un punto de vista comunitario ¿qué cabe entender por ajustes "razonables"? 80
78. La previsión española sobre "ajustes razonables" ¿se adecua a la defendida en la doctrina judicial comunitaria actual? 80
79. ¿Es posible hacer una relectura del art. 25 de la LPRL que incorpore los posicionamientos del TJUE en materia de "ajustes razonables" y "personas con discapacidad"? 81
C.3. Adaptación de condiciones de trabajo y cambio de puesto de trabajo 82
80. Cuando una empresa está ante un TES, incluyendo a las personas con discapacidad ¿qué medidas debe adoptar en base al artículo 25 LPRL? 82
81. ¿Cómo debe interpretarse la expresión "de no ser posible"? 83
82. En la normativa reglamentaria, ¿existe alguna mención a las medidas preventivas a tener en cuenta en relación con los TES? 84
83. De "no ser posible" la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto de trabajo ¿qué medida empresarial cabe adoptar con el TES, en general, y con una persona trabajadora con discapacidad, en particular? 88
84. ¿Existe regulación específica para las personas trabajadoras afectas de una incapacidad permanente parcial? 89
C.4. En particular, el despido de las personas trabajadoras con discapacidad 89
C.4.1. Por ineptitud sobrevenida 89
85. ¿Qué se entiende por ineptitud sobrevenida? 89

86. ¿Es posible que el servicio de prevención declare una "ineptitud sobrevenida" sin que ello comporte una baja médica (IT/IP) para el trabajador? 90
87. La ineptitud sobrevenida que posibilita la extinción del contrato de trabajo, ¿ha de ser permanente o puede ser temporal? 91
88. Siendo así ¿son lícitos los despidos ante la declaración de no apto/a para el desempeño de las principales funciones del puesto de trabajo habitual por parte del servicio de prevención de la empresa (servicio médico)? 91
89. Ahora bien, ¿la declaración de "no apto/a" emitida por los servicios de prevención de la empresa permite de forma automática la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida? 92
90. En los últimos años ¿puede percibirse una tendencia en nuestros órganos judiciales restringiendo el recurso al despido? 95
91. En suma, con carácter previo a la extinción ¿debería existir un deber empresarial de adaptar las condiciones de trabajo o de cambiar el puesto de trabajo? 95
C.4.2. Por bajas laborales justificadas: el despido por absentismo 96
92. ¿Es posible el despido por absentismo? 96
93. ¿De qué manera hay que valorar el absentismo de una persona con discapacidad? 96
D. Derecho preferente al cambio de centro de trabajo por motivos de salud 100
94. ¿Es posible el cambio de centro de trabajo por motivos de salud? 100
CAPÍTULO IV. 101
95. ¿Qué tipos de responsabilidades se pueden derivar del incumplimiento de la normativa en materia de TES? 102
A. Responsabilidad penal 103
96. ¿Cuál es la finalidad que persigue satisfacer la responsabilidad penal que cabría imponer al empresario ante un incumplimiento en materia de TES? 103
97. En caso de que el incumplimiento empresarial en materia de TES aún no haya generado un daño para el trabajador (enfermedad) ¿es posible la existencia de responsabilidad penal? 104
98. ¿En qué sanciones podría incurrir el empresario por un delito de riesgo en materia de TES? 105
99. ¿Qué tipos delictivos se prevén para cuando se produce un resultado (=daño) derivado de no proceder de manera correcta en materia de TES? 106
100. ¿Es el empresario el sujeto principalmente responsable penal ante un incumplimiento en materia de TES? 107
101. Los técnicos o responsables de prevención ¿pueden ser responsables penales por el incumplimiento de las obligaciones en materia de TES? 108
102. Los representantes de los trabajadores ¿pueden ser responsables penales por el incumplimiento de las obligaciones en materia de TES? 108
103. Los trabajadores ¿pueden ser responsables penales por el incumplimiento de las obligaciones en materia de TES? 108
B. Responsabilidad administrativa 109
104. ¿Cuál es la finalidad que persigue satisfacer la responsabilidad administrativa? 109
105. En la actualidad ¿dónde se encuentra regulada la responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud laboral? 109
106. Ante un incumplimiento en materia de TES ¿Quién ostenta la condición de sujeto responsable? 109
107. ¿Cuál es el alcance de las diferentes responsabilidades administrativas? 110

108. En concreto, en materia de TES ¿Cuáles son las infracciones administrativas que se prevén? 110
109. ¿Cuál es la cuantía económica de las sanciones administrativas? 111
110. ¿Cuáles son los criterios que se utilizan para graduar las sanciones administrativas y su cuantificación económica? 111
C. Responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones de seguridad social 112
111. ¿En qué supuestos el empresario puede ser responsable del pago de la prestación de seguridad social que se derive de un daño causado por el incumplimiento en materia de TES? 112
112. ¿En qué responsabilidades puede incurrir la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en caso de incumplir sus obligaciones en materia de TES? 113
D. Responsabilidades en materia de recargo de prestaciones de la seguridad social 113
113. ¿Qué es el recargo de prestaciones? 113
114. ¿Cuál es el significado y la finalidad del recargo de prestaciones? 114
115. ¿Por qué se dice que el recargo de prestaciones tiene naturaleza pública y privada? 115
116. En materia de TES, ¿cuáles son los requisitos para imponer un recargo de prestaciones? 116
E. Responsabilidad civil 117
117. ¿Cuál es la finalidad y justificación de la responsabilidad civil que se pueda derivar del incumplimiento de la normativa en materia de TES? 117
118. ¿De qué manera se valoran normalmente los daños derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de TES? 118
119. ¿De qué manera se coordina la responsabilidad civil con otras formas de compensar el daño derivado de accidente de trabajo? 119
120. ¿Qué jurisdicción es la competente para la imposición de la responsabilidad civil derivada de incumplimientos en materia de TES? 120

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto principal la realización de una guía jurídico-práctica sobre prevención de riesgos laborales desde la perspectiva del trabajador con discapacidad, que ayude a las organizaciones a asegurar un adecuado desempeño en sus prácticas preventivas respecto de este grupo de trabajadores[1].

En el contexto actual, tanto nacional como comunitario, una de las controversias más relevantes en la actualidad en materia preventiva es la propia conceptuación de la figura del trabajador con discapacidad respecto de la figura del trabajador especialmente sensible recogida en el artículo 25 de la LPRL[2]. Es por ello que buena parte del presente estudio se dedica a esta cuestión tan esencial y sobre la que consideramos existe una importante confusión en la práctica de la gestión preventiva. Junto a ello, consideramos que la respuesta normativa no es del todo satisfactoria, lo que nos lleva a proponer, incluso, la propia modificación de la regulación normativa sobre esta cuestión para conseguir una verdadera y completa protección del trabajador con discapacidad y no sólo del trabajador con una discapacidad reconocida3.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística, la tasa de empleo de trabajadores con discapacidad intelectual se sitúa en el 14,7% (Fuente: El Empleo de las personas con discapacidad 2012. http://www.ine.es/metodologia/t22/informe_2012.pdf)

Junto a este importante apartado de delimitación conceptual del objeto de análisis, el estudio incorpora una serie de capítulos que abordan de manera completa todos los aspectos que, desde la perspectiva preventiva, son relevantes con relación a las personas trabajadoras con discapacidad: contratación, aspectos generales de la gestión preventiva, vigilancia de la salud, adaptación del puesto de trabajo, suspensión/extinción de la relación laboral y, finalmente, responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales con relación a dicho colectivo de personas trabajadoras.

---

1 La guía se basará, en ocasiones, en interpretaciones de la ley o consideraciones del grupo de expertos que ha participado en su elaboración.
2 Sobre esta cuestión, véase las preguntas-respuestas 8 a 13.
3 Véanse las preguntas-respuestas 1 a 7.

El análisis de cada uno de estos apartados se ha realizado de manera sumamente práctica, esto es, mediante la fórmula preguntas-respuestas que, consideramos, facilita enormemente la comprensión de materias que son especialmente complejas.

Así, en las páginas que se suceden, se incluyen un total de **120 preguntas-respuestas**, cuyo índice hemos incorporado también al inicio del estudio para facilitar el manejo del mismo.

La configuración de este abanico de preguntas-respuestas **se ha realizado a partir de la normativa comunitaria y nacional vigente sobre la materia y sobre los pronunciamientos judiciales más relevantes y recientes** tanto de los Tribunales Superiores de Justicia de cada una de las CC.AA, como de los del Tribunal Supremo.

Además, nos hemos obligado a **responder más de la mitad de las preguntas planteadas con un sí o un no**, incluyendo, lógicamente, la posterior explicación de ambas respuestas. Una opción **poco habitual entre juristas**, entre los que el "depende" es nuestra respuesta favorita, singularmente porque la realidad judicial nos lleva en muchas ocasiones a que aquélla sea la única respuesta segura. La opción de formular preguntas que nos exigían un sí o un no como respuesta, no ha sido una cuestión en absoluto fácil.

Igualmente, en este estudio hemos introducido otra importante innovación como es incorporar numerosos ejemplos prácticos a modo de cuadro, configurados, en su mayoría, en base a casos reales. Una opción metodológica que, entendemos, facilita enormemente la utilización de esta investigación.

Siendo así, son varias las lecturas posibles de esta obra:

- ✓ Buscando la mera respuesta sí o no (lectura de primer nivel o rápida y aplicativa).
- ✓ Interesándose por la lectura de lo resaltado en negrita (lectura de segundo nivel o medio).
- ✓ Lectura completa de cada respuesta (lectura de tercer nivel).
- ✓ Y, cualquiera de las tres lecturas anteriores, completada con los numerosos ejemplos prácticos introducidos (lectura aplicativa-ejemplificativa).

Sin duda, nuestra experiencia de más de 20 años en el campo de la seguridad y salud laboral ha ayudado de manera muy relevante a la hora de enfocar las preguntas-respuestas desde una perspectiva, consideramos, de suma utilidad práctica. No obstante, corresponde al lector opinar sobre si finalmente hemos conseguido o no nuestro cometido.

CONTEXTO DE LA GUÍA

CONTEXTO DE LA GUÍA

La **Ley de Prevención de Riesgos Laborales** articula, en su artículo 25, los principios rectores que van a determinar el cuerpo básico de garantías y responsabilidades precisos para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de las personas trabajadoras especialmente sensibles frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo (por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidas aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial).

Esta especial protección va a obligar al empresario a hacer un análisis sobre la necesidad de llevar a cabo acciones específicas en determinados elementos de su sistema de gestión preventivo, tales como la revisión de las evaluaciones de riesgos, la adaptación de puestos de trabajo, la adquisición de material de protección específico, etc. en función de las capacidades de la persona trabajadora en cuestión.

En el caso de las personas trabajadoras con discapacidad, su incorporación al mercado de trabajo, ya sea a través del empleo ordinario, ya sea a través del empleo protegido, es una realidad propiciada desde la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos (LISMI); ley hoy derogada y sustituida por la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo1/2013, de 29 de noviembre) (en adelante, LGDPD), que también contempla el empleo protegido, el empleo ordinario y el empleo autónomo como los tres tipos de empleo de las personas con discapacidad.

Según la Base de Datos Estatal de las Personas con Discapacidad (datos del Observatorio Estatal de la Discapacidad), 1.262.000 personas de edades comprendidas entre los 16 y los 64 años y residentes en hogares españoles tenía certificado de discapacidad en 2011, siendo:

ALGUNOS DATOS SOBRE LA DISCAPACIDAD

36,6%

de las personas con discapacidad legalmente reconocida eran activos en 2011

26,7%

Es tasa de empleo de las personas con certificado de discapacidad. El 89,0% de los ocupados eran asalariados y, de éstos, el 76,9% tenía contrato indefinido.

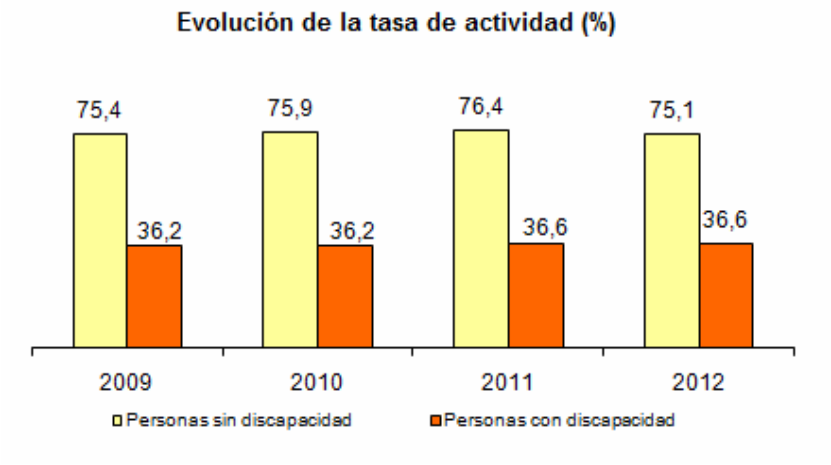
Más información

Observatorio Estatal de la Discapacidad

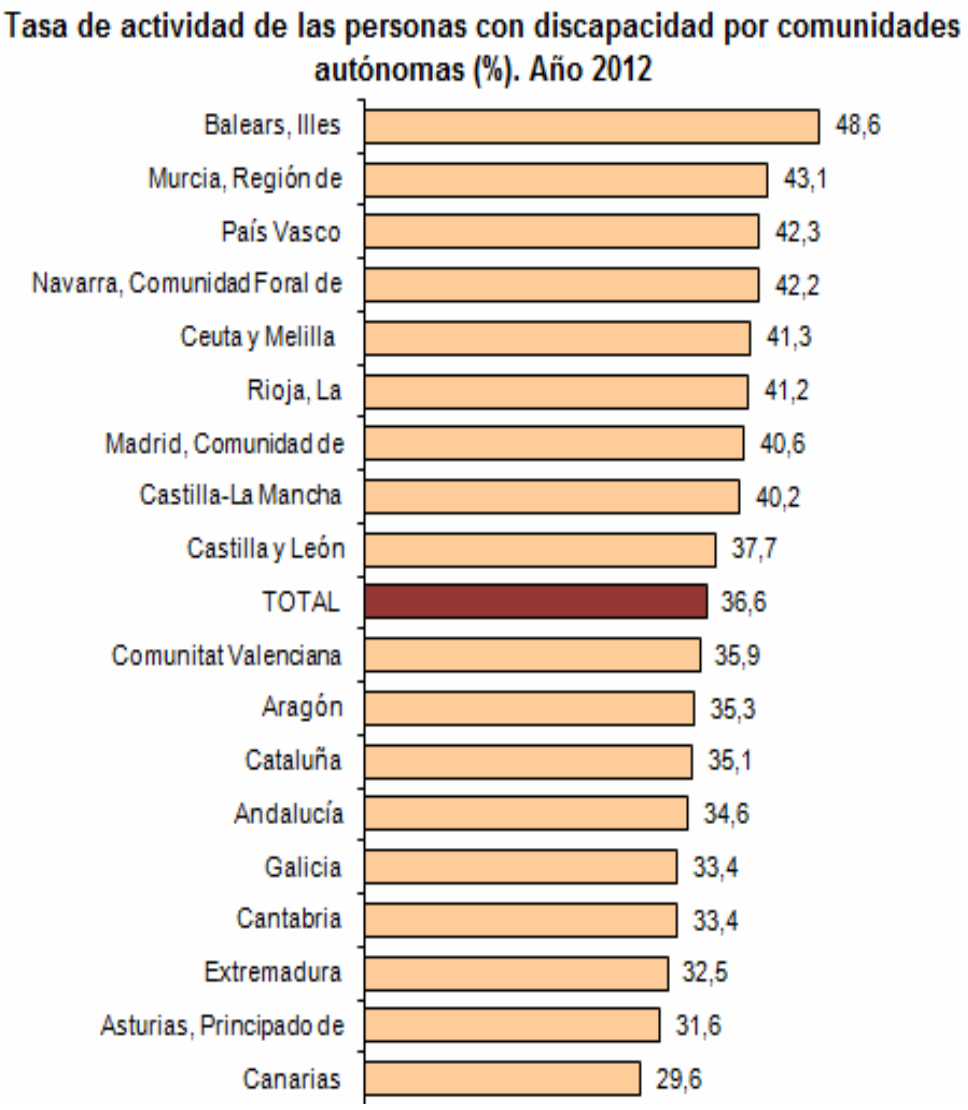
www.msssi.gob.es/ssi/discapacidad/serviciosPersonasDiscapacidad/observatorioEstatal.htm

En términos globales, y desde el punto de vista laboral, el aspecto más significativo para el colectivo de las personas con discapacidad legalmente reconocida es su baja participación en el mercado de trabajo y no tanto su nivel de desempleo.

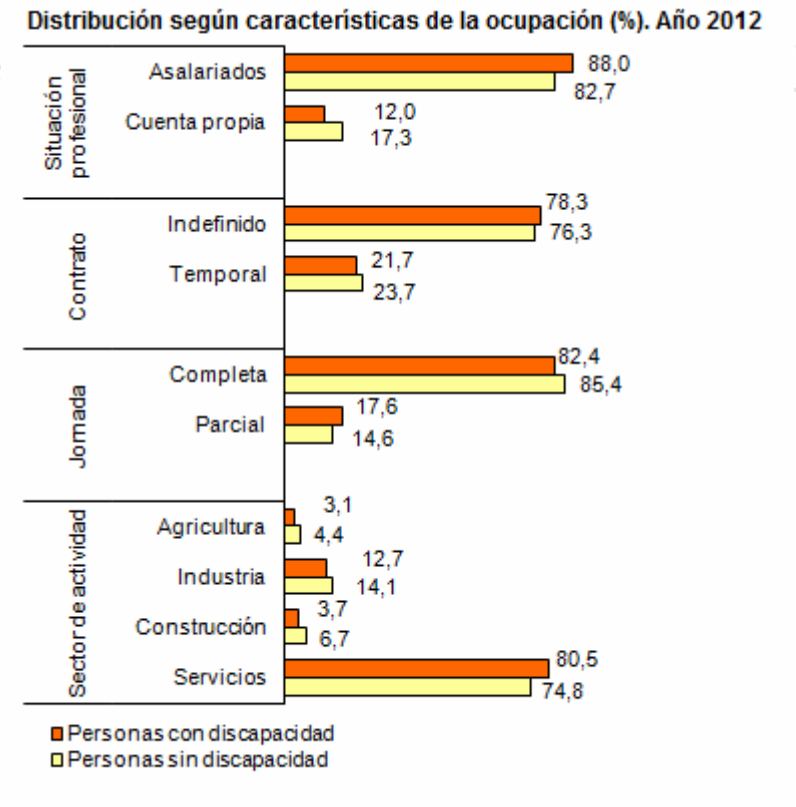
Su tasa de actividad se mantiene estable con respecto al año 2011 (36,6%), con una diferencia cercana a los 40 puntos con respecto a la de la población sin discapacidad (75,1%). A pesar de que esta diferencia se ha recortado ligeramente frente al año 2011, la tasa apenas ha variado a lo largo del periodo 2009-2012.



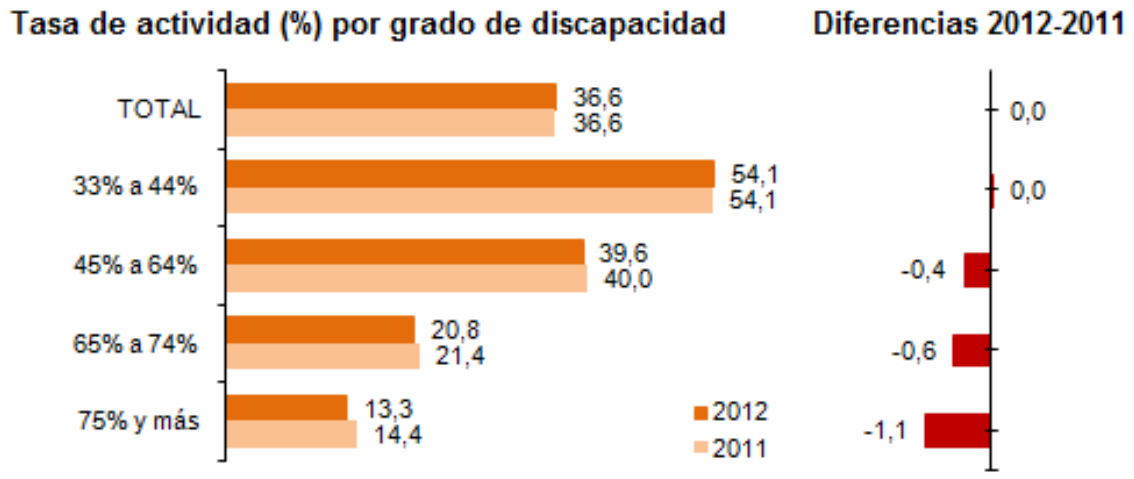
En relación a las tasas de actividad por Comunidad Autónoma, los datos de 2012 arrojan que la Comunidad de Madrid, se encuentra por encima de la media de todo el territorio español y entre las 7 primeras:

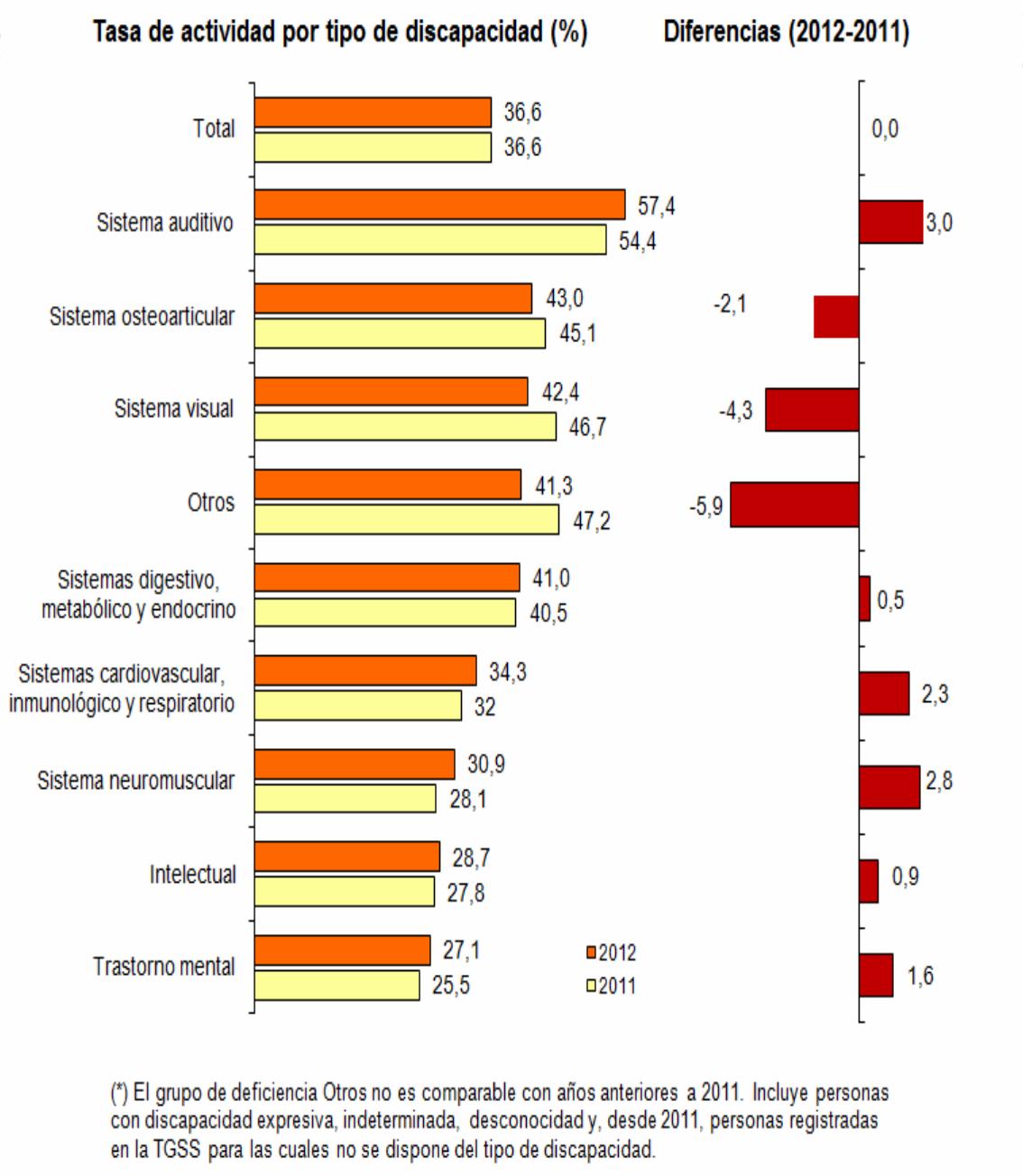


En cuanto a las ramas de actividad, los ocupados con discapacidad tienen más representación en las ramas 'Actividades sanitarias y de servicios sociales', 'Actividades administrativas y servicios auxiliares', 'Administración Pública y Defensa, Seguridad Social obligatoria' y en 'Industrias extractivas y manufactureras'.

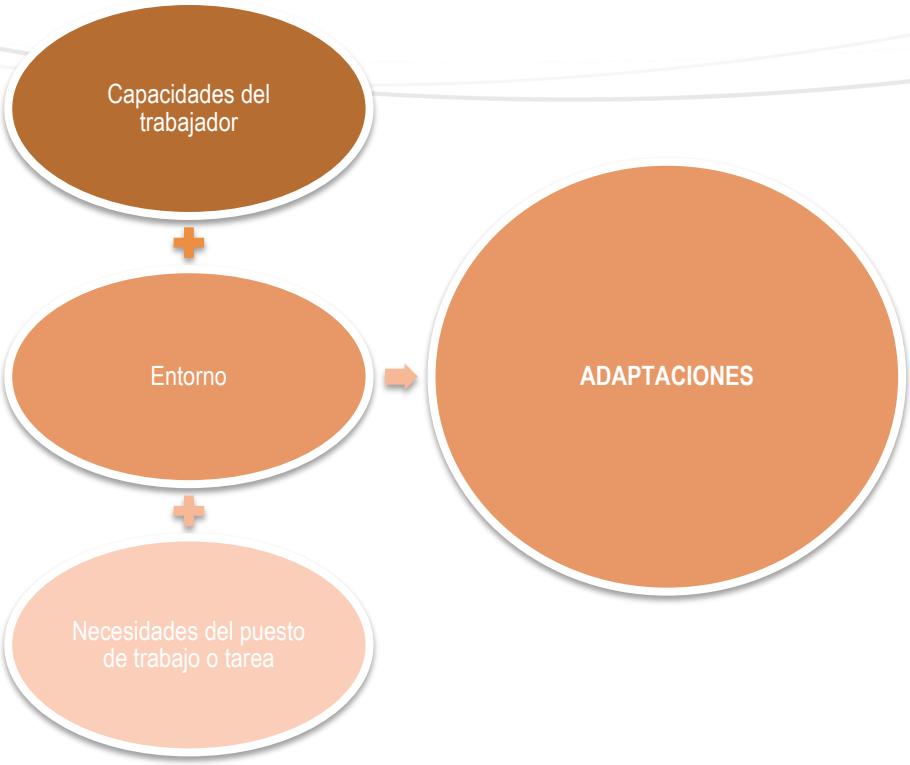


En un análisis relativo a la tipología y porcentaje de discapacidad, se observa una distribución muy focalizada en las discapacidades de origen físico (muchas veces motivadas por el "miedo" de las organizaciones a la incorporación de otras tipologías de discapacidad) y mayoritariamente con un porcentaje de discapacidad comprendido entre el 33 y 44%.





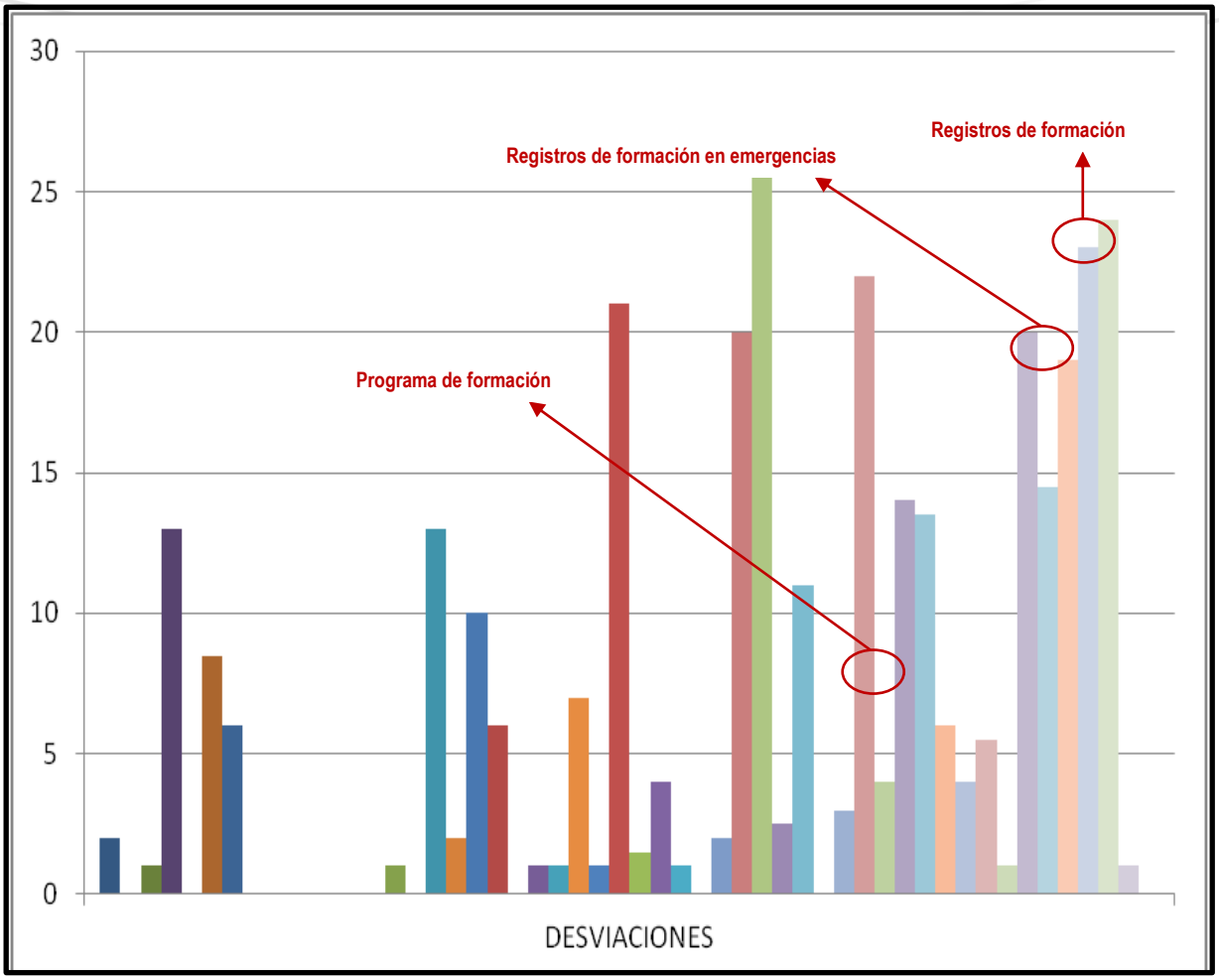
Partiendo de la realidad que plasman estos datos y de la base de que la LPRL establece la necesidad de una especial protección de este colectivo de trabajadores, se hace patente que va a ser necesario que el empresario tenga en cuenta su presencia en la empresa y analice la necesidad de acometer una serie de adaptaciones de las condiciones, procesos y/o entornos de trabajo de manera que los trabajadores puedan acceder y desempeñar sus puestos de trabajo de forma segura.



De un análisis de los resultados de procesos auditores en empresas que cuentan con una elevada presencia de personas trabajadoras con algún tipo de discapacidad, se obtienen las siguientes conclusiones:

1. La presente gráfica [4] representa el número total de desviaciones por elementos del Sistema de Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales en un estudio estadístico de los resultados de la auditoría reglamentaria de prevención de riesgos laborales en diferentes empresas que cuentan con una elevada presencia de trabajadores y trabajadoras con algún tipo de discapacidad. En ella, se puede constatar que dichas empresas presentan un elevado número de desviaciones en relación con los diferentes elementos del sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales.

4 Fuente: Estadísticas elaboradas por la entidad auditora Full Audit, S.A. en base a los resultados de sus procesos auditores



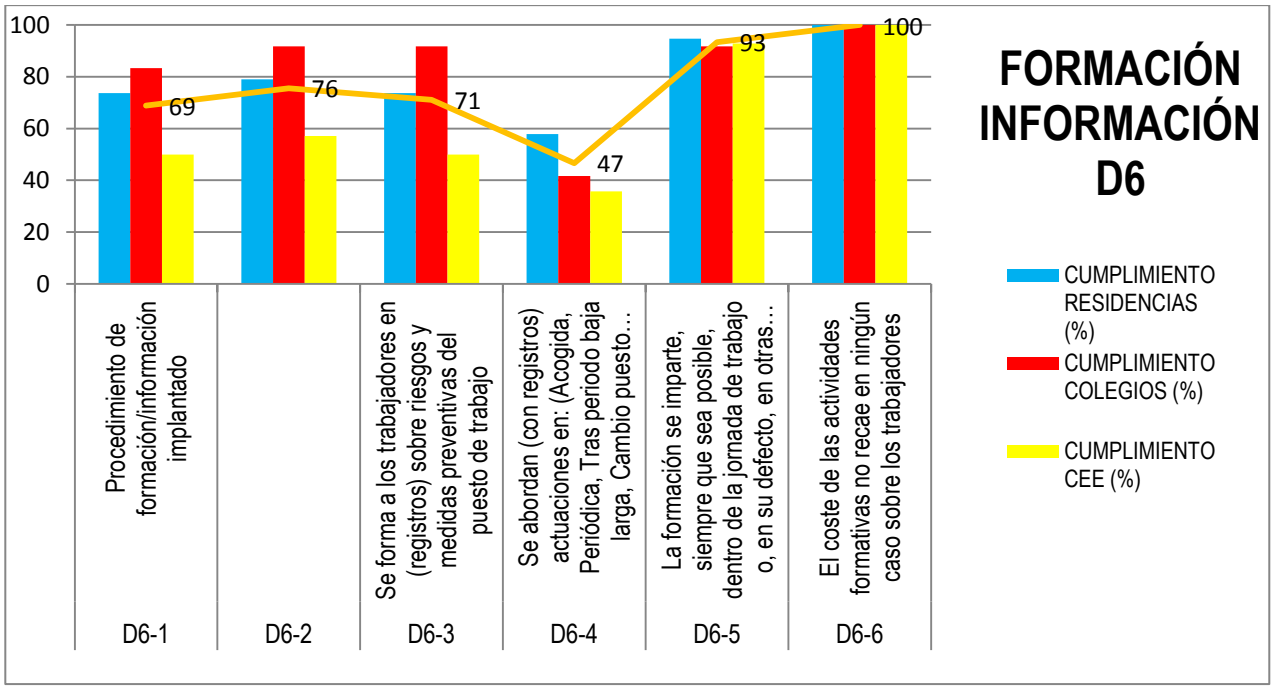
- Acta constitución / Notificación CSS
- Acta constitución SPP / SPM
- Actas de reuniones del CSS
- Actua como promotor Seguridad en obras de construcción
- Auditorias internas / externas
- Certificados aptitud médicos o renuncias
- Certificados CE y manuales instrucciones
- Comunicados de riesgo de los trabajadores
- Conciertos con SPA
- Contrato laboral miembros SPP / SPM
- Contratos ETT's
- Documentación accidentes graves
- Documentación ADR
- Documento contra explosiones
- Elección o notificación delegados
- Estadisticas de siniestralidad
- Evaluación de Riesgos
- Fichas de seguridad y etiquetas químicos
- Información epidemiológica
- Informes de Adecuación al RD1215/07
- Informes ergonómicos
- Informes higiénicos
- Informes Psicosociales
- Inspecciones de seguridad
- Instrucciones de trabajo
- Investigación de accidentes

- Listado, homologaciones EPI's, protecciones colectivas
- Memorias del SPP/SPM/SPA / Vigilancia Salud
- Observaciones del trabajo
- Organigrama
- Permisos especiales de trabajo
- Plan de emergencia
- Plan de prevención
- Plan mantenimiento preventivo
- Planificación actividad preventiva
- Procedimiento consignación equipos, linstalaciones, señalización seguridad
- Procedimiento Coordinación
- Procedimientos mod. Incor. Instal. o lugares
- Programa de formación
- Programas del SPP/SPM/SPA // Programació VS
- Protocolos específicos
- Recursos materiales o humanos**
- Recursos materiales o humanos**
- Registro de mantenimiento
- Registro de mantenimiento de flota
- Registro de simulacros
- Registro entrega EPI's
- Registro formación equipos emergencias
- Registro mantenimiento Equipos reglamento especial
- Registros de formación
- Registros de información
- Titulación miembros SPP / SPM

3. En esta gráfica [5] se presentan los datos específicos de desviaciones relativas a los procesos de formación (como ejemplo de elemento del Sistema de Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales) en centros trabajo que atienden a personas con discapacidad, reflejando la distribución de desviaciones por tipología de centro

5 Fuente: Diagnostico de la gestión preventiva en centros de atención a personas con discapacidad. FECCO. Elaborado por Full Audit, S.A.

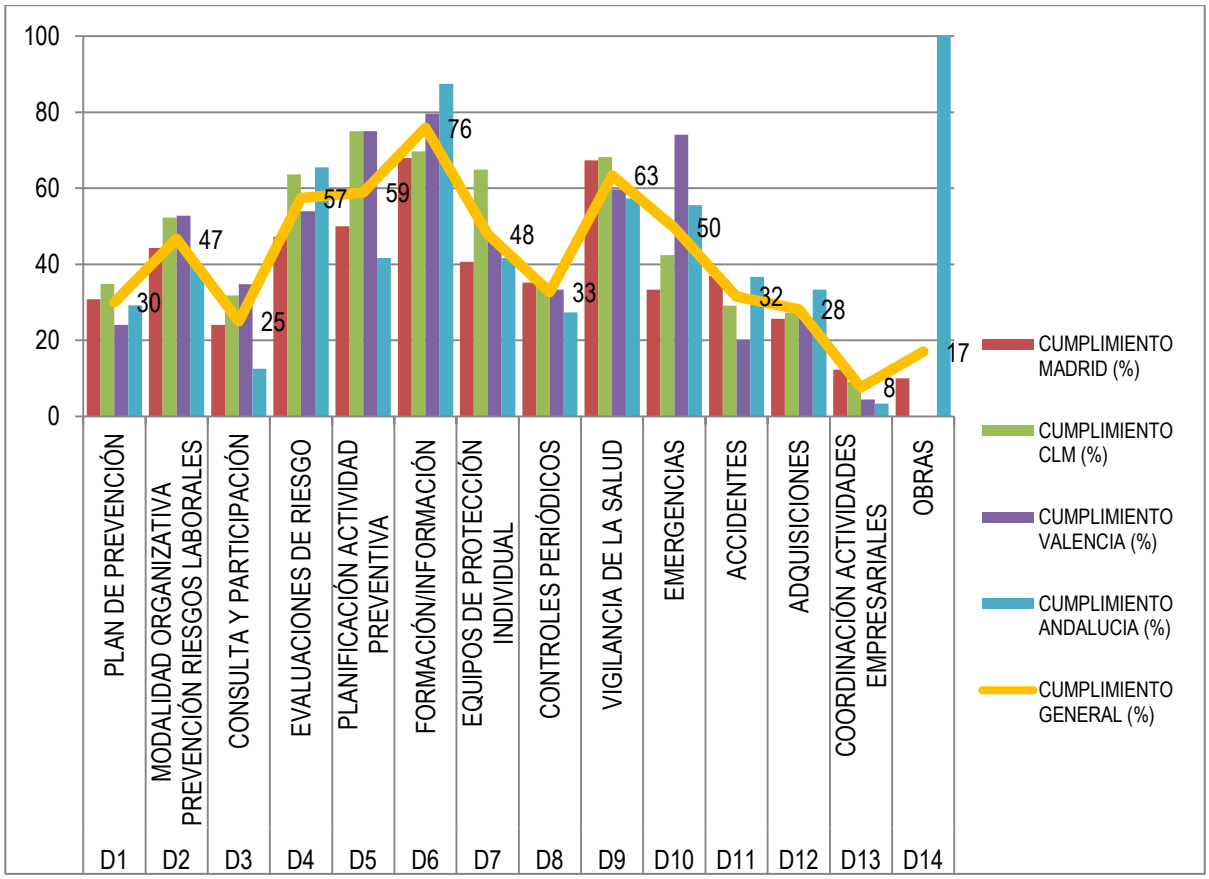
CONCLUSIONES PARCIALES ANÁLISIS CUANTITATIVO



4. En la última gráfica [6] se presentan los datos relativos a la distribución de las desviaciones detectadas en diferentes elementos del sistema de gestión preventiva en las diferentes Comunidades Autónomas objeto del estudio, destacándose las desviaciones detectadas en formación, evaluación de riesgos, planificación preventiva, encontrando, en muchos casos que los incumplimientos no sólo se deben a una deficiente praxis preventiva, sino que están relacionados con conocimientos parciales de aspectos, tanto técnicos como jurídicos de interpretación normativa, del elemento en cuestión.

6 Fuente: Diagnostico de la gestión preventiva en centros de atención a personas con discapacidad. FECCO. Elaborado por Full Audit, S.A.

CONCLUSIONES ANÁLISIS CUANTITATIVO
COMUNIDAD AUTÓNOMA & CUMPLIMIENTO GENERAL



Con estos datos de partida y tras un primer análisis, llegamos a unas primeras conclusiones: El tejido empresarial, en muchas ocasiones, tiene dificultades reales para adaptar sus políticas preventivas a las particularidades de la discapacidad por:

- **Aspectos técnicos:** relacionados con la dificultad de encontrar medidas, procesos, prácticas, etc. adecuadas que engloben la diversidad de la población trabajadora, consiguiendo el cumplimiento de los estándares legales de aplicación y encuadrándolas en la operativa de la compañía.
- **Aspectos económicos:** relacionados con la dificultad de encontrar medidas, procesos, prácticas, etc. adecuadas que engloben la diversidad de la población trabajadora, consiguiendo el cumplimiento de los estándares legales de aplicación asegurando la viabilidad económica de la compañía.
- **Aspectos jurídicos:** medidas, procesos, prácticas, etc. adecuadas que engloben la diversidad de la población trabajadora, consiguiendo el cumplimiento de los estándares legales de aplicación asegurando el cumplimiento de los requisitos legales de aplicación, en muchas ocasiones, difíciles de interpretar y dispersos en diferentes textos que, para aquel personal no jurista, representan serios problemas de interpretación.

Es por ello, que la finalidad de este proyecto es el diseño de un proceso completo que permita a las organizaciones afrontar la gestión preventiva de sus trabajadores con discapacidad, presentando soluciones concretas a los tres aspectos anteriores:

Adecuadas prácticas preventivas, desde el aspecto técnico, económico y jurídico para los diferentes elementos del Sistema de Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales.

CAPÍTULO I.

Conceptuación jurídica de las personas trabajadoras con discapacidad

CAPÍTULO I

A. Discapacidad, discapacidad reconocida, enfermedad y discriminación

1. Desde una perspectiva legal ¿existe una definición de persona con discapacidad?

Sí.

El Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social (en adelante, LGDPD), aprobado recientemente por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, contempla en su artículo 4 la definición de "persona con discapacidad", considerando que son personas con discapacidad "*aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales,* ***previsiblemente permanentes*** *que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*".

La LGDPD ha refundido en un único texto normativo, regularizado, aclarado y armonizado diversas leyes sobre derechos de las personas con discapacidad. Así, las Leyes 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad (LISMI); 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU); y 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, han sido recientemente derogadas y refundidas en una sola ley: la LGDPD.

Aunque la Exposición de Motivos de la LGDPD establece que esta norma legal ha tenido como referentes principales los principios y derechos recogidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (2006), lo cierto es que, a nuestro juicio, el concepto de "personas con discapacidad" acogido por la LGDPD en su artículo 4 no se ajusta a la definición más amplia empleada por la citada Convención Internacional.

Hay que tener en cuenta que España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, entrando en vigor en nuestro país el 3 de mayo de ese mismo año. Como toda norma internacional, y de conformidad con el artículo 96 de la Constitución Española, una vez ratificada por España y publicada en el Boletín Oficial correspondiente, tal norma pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno y es de obligado cumplimiento. Es por ello que la entrada en vigor en España de la referida norma internacional exigió en su día la adaptación y modificación de diversas normas internas, entre otras, de la LIONDAU, de cara a hacer efectivos las previsiones y derechos que la Convención recoge.

La definición de "personas con discapacidad" recogida en el artículo 1 de la Convención Internacional de la ONU, y también en su día por la LIONDAU, incluye a todas aquellas personas "*que tengan*

deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales ***a largo plazo*** *que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*".

Aunque a simple vista las definiciones ofrecidas por la LGDPD y por la Convención Internacional de la ONU – y la ya derogada LIONDAU - parecen coincidir, en realidad, la actual definición de la LGDPD encierra un concepto más restrictivo de "personas con discapacidad". Ciertamente, la LGDPD se refiere a las deficiencias ***previsiblemente permanentes*** en tanto que la Convención de la ONU se refiere a las ***deficiencias a largo plazo***; concepto este último mucho más amplio, en la medida en que permite incluir a la discapacidad transitoria o curable.

En conclusión, antes de la entrada en vigor de la nueva LGDPD, el concepto de "persona con discapacidad" venía claramente referido tanto a las personas con discapacidad reconocida como a las personas con discapacidad no reconocida, ya fuera transitoria o permanente/definitiva. Por el contrario, en la actualidad, el concepto de persona con discapacidad solo parece incluir a las personas con discapacidad reconocida y no reconocida, pero de carácter previsiblemente permanente, de manera que resulta dudoso incluir a las deficiencias a largo plazo previsiblemente curables.

La explicación a este desajuste conceptual la podemos encontrar en el hecho de que la LGDPD acoge la definición de "personas con discapacidad" que aparecía en la ya derogada LISMI, en lugar de acoger el concepto más amplio contemplado en la también ya derogada LIONDAU. Ciertamente, la LISMI no fue modificada en su día de cara a adaptarse a la definición más amplia de persona con discapacidad recogida en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, seguramente porque el sistema de servicios, beneficios y prestaciones sociales y económicas que vino a instaurar pretendía favorecer únicamente a aquellas personas con discapacidad con mayores dificultades de inserción social y laboral, limitando, por tanto, su ámbito de aplicación a aquellas personas con discapacidad permanente y reconocida. En cambio, la LIONDAU tenía un campo de aplicación necesariamente más amplio, en la medida en que venía a establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en general, en cuanto colectivo especialmente vulnerable, articulando a tal efecto mecanismos de defensa, de arbitraje y de carácter judicial que pretendían beneficiar a todas las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad.

La refundición en un solo texto de la LISMI y de la LIONDAU ha conllevado la reunificación en un único texto normativo de todos los derechos, beneficios, prestaciones, y medidas de defensa de las personas con discapacidad. Aunque los objetivos de simplificación y clarificación que persigue la LGDPD resultan

loables, es lo cierto que no se han cumplido por lo que al concepto de "personas con discapacidad" se refiere.

En efecto, la LGDPD, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación en el artículo 4, define qué personas son titulares de los derechos que la norma regula, siguiendo en este punto el concepto más restrictivo acogido en su día por la LISMI y referido a las limitaciones o deficiencias previsiblemente permanentes. Sin embargo, esa definición de personas con discapacidad resulta incompleta, debiéndose tomar en consideración necesariamente las previsiones del Título II de la propia LGDPD, relativo a la "Igualdad de Oportunidades y No Discriminación", y, en particular, lo dispuesto en el artículo 64. Y ello porque el citado precepto legal establece que las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial contempladas en la ley, serán de aplicación a las situaciones de vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. Con tal previsión la LGDPD no hace sino acoger el concepto amplio de personas con discapacidad previsto en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y en la ya derogada LIONDAU.

En definitiva, la LGDPD acoge dos conceptos de personas con discapacidad: uno más restrictivo en su artículo 4, y otro más amplio en su artículo 64, en este último caso a efectos de la tutela contra las situaciones de vulneración de la igualdad de oportunidades y de discriminación por razón de discapacidad.

En todo caso, más sencillo y clarificador hubiera resultado partir de una definición amplia de personas con discapacidad, tal y como exige la Convención Internacional, sin perjuicio de puntualizar que algunos de los beneficios y prestaciones previstos en la ley y en su normativa de desarrollo se reconocerán únicamente a las personas con discapacidad con mayores dificultades de inserción social y laboral, por lo general, las personas con discapacidad reconocida.

2. ¿Los términos "discapacidad" y "discapacidad reconocida" son sinónimos o análogos?

No.

El **artículo 4 de la LGDPD** dispone lo siguiente:

> *Titulares de los derechos.*
>
> 1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

4. A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad.

5. Los servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en esta ley se otorgarán a los extranjeros de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores extranjeros se estará además a lo dispuesto en las leyes de protección de los derechos de los menores vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales.

6. El Gobierno extenderá la aplicación de las prestaciones económicas previstas en esta ley a los españoles residentes en el extranjero, siempre que carezcan de protección equiparable en el país de residencia, en la forma y con los requisitos que reglamentariamente se determinen.

De conformidad con la definición legal, es claro que existen dos tipos de personas con discapacidad. Por un lado, las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, o personas con discapacidad reconocida; y, por otro lado, las personas con un grado de discapacidad inferior al 33%, con deficiencias de carácter permanente o definitivo (previsiblemente incurable).

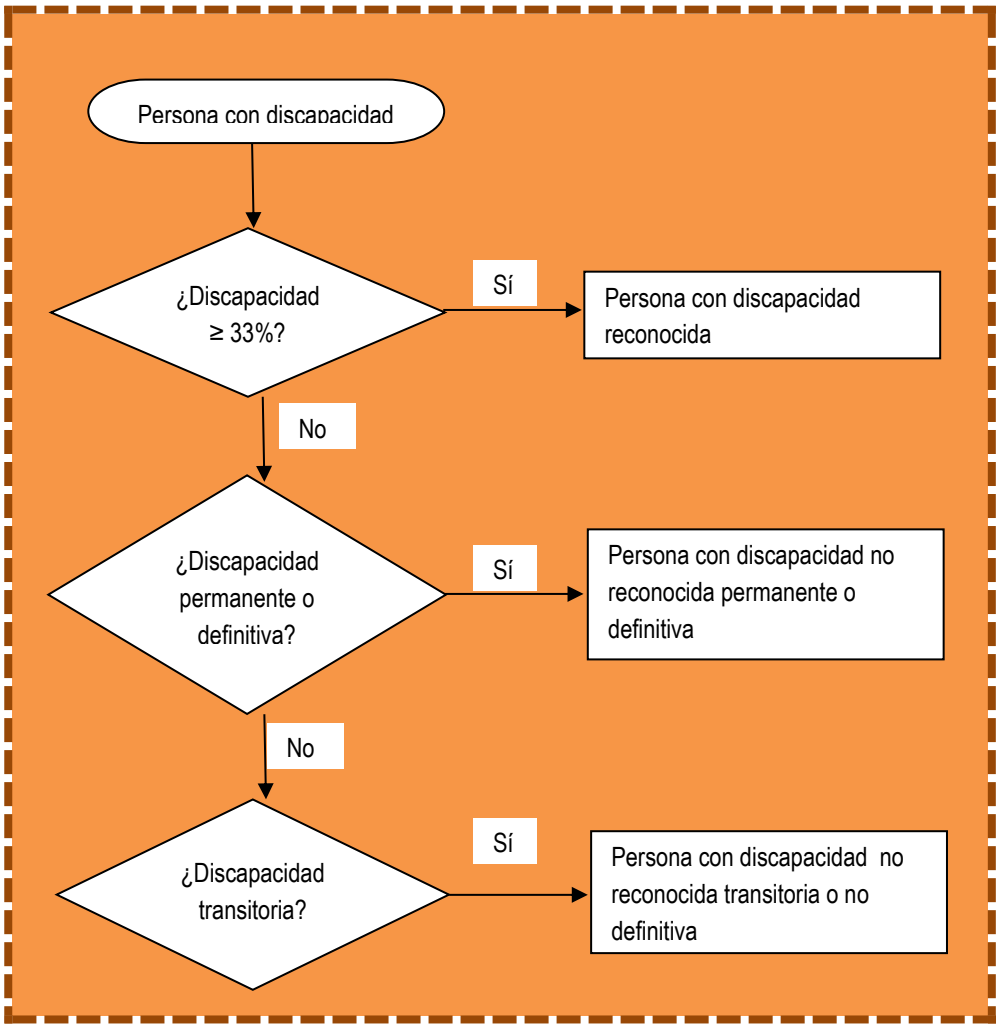
Con todo, tal y como hemos argumentado en el apartado anterior (véase respuesta a pregunta 1), la propia LGDPD en su artículo 64 acoge un concepto más amplio de persona con discapacidad, a efectos de la tutela contra la vulneración de la igualdad de oportunidades y la discriminación por razón de discapacidad. Así pues, cabe afirmar que la LGDPD contempla **tres tipos de personas con discapacidad**. De mayor a menor entidad:

- ✓ Personas con un grado de discapacidad **igual o superior al 33 %** o personas con **discapacidad reconocida**[7];
- ✓ Personas con un grado de discapacidad **inferior al 33%** o personas con **discapacidad no reconocida de carácter permanente o definitivo (incurable)**;

7 Personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 % o personas con discapacidad reconocida, considerándose que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

- ✓ Personas con un grado de **discapacidad inferior al 33%** o personas con **discapacidad no reconocida, a largo plazo, pero de carácter transitorio o no definitivo** (curable).

Véase el flujograma que se presenta a continuación:



3. En una primera aproximación, ¿las diferentes situaciones de personas con discapacidad reciben un tratamiento jurídico (de protección) igual o similar?

La LGDPD parte de considerar que todas las personas con discapacidad, en la medida en que conforman un grupo vulnerable, merecen derechos y prestaciones específicas de cara a hacer efectiva la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida. Sin embargo, en función de las circunstancias, es lógico que esa protección sea más reforzada en el caso de las personas con discapacidad reconocida, que, por lo general, presentan mayores dificultades de inserción social y laboral. La normativa reglamentaria anterior a la LGDPD, aún vigente, reconoce mayores beneficios a las personas con discapacidad reconocida. En todo caso, habrá que atender al desarrollo reglamentario

de la LGDPD por si se producen cambios en el alcance de los derechos y prestaciones de los diversos tipos de personas con discapacidad.

Hay que tener en cuenta a este respecto que la propia LGDPD considera a las medidas de acción o discriminación positiva como mecanismos imprescindibles para hacer efectiva la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Ello significa que la igualdad de oportunidades sólo podrá alcanzarse otorgando mayores ventajas a aquellas personas con discapacidad que, atendiendo a sus circunstancias particulares, tengan en la práctica mayores impedimentos para llevar a cabo una vida normal.

4. ¿Son equiparables los conceptos de "discapacidad" y "enfermedad"?

No.

La **enfermedad**, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación de **mera alteración de la salud que puede afectar** por más o menos tiempo a **la capacidad de trabajo** de la persona. La **discapacidad es**, en cambio, una situación **permanente** o a largo plazo de limitación física, psíquica o sensorial, **que altera de manera permanente o a largo plazo las condiciones de vida y trabajo de la persona discapacitada** (véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 62/2008 y del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009).

Ahora bien, según ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una reciente sentencia de 11 de abril de 2013 (asunto Ring), debe incluirse dentro del concepto de discapacidad "***toda enfermedad curable o incurable*** *que acarree una* ***limitación****, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, siempre que esta limitación sea* ***de larga duración****. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de <discapacidad>*".

De lo expuesto se deriva que **la discapacidad no puede limitarse a las situaciones de discapacidad reconocida,** debiéndose incluir las enfermedades, curables o incurables, que comporten una limitación en la vida profesional **de larga duración**.

5. ¿Constituye la discapacidad un factor de discriminación prohibido?

Sí.

La LGDPD (artículo 3), el Estatuto de los Trabajadores (artículo 17), así como la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, **prohíben expresamente la discriminación por motivo de discapacidad.**

Por ello, toda diferencia de trato basada en la discapacidad de una persona o toda desventaja laboral derivada directa o indirectamente de la discapacidad de una persona entraña, en principio, una discriminación, salvo que la diferencia de trato o la conducta aparentemente neutra que origine una desventaja particular a las personas con discapacidad venga objetivamente justificada por una finalidad legítima y proporcionada que, en todo caso, corresponderá acreditar a la persona, empresa o institución que la alegue.

No obstante, las medidas de discriminación o acción positiva en favor de las personas con discapacidad, destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad (incentivos a su contratación, véase capítulo II de este estudio), no se considerarán discriminatorias.

6. ¿Constituye la enfermedad un factor de discriminación prohibido?

Con carácter general**, no.**

Ni la Constitución española (artículo 14), ni el Estatuto de los Trabajadores (artículo 17), ni la LGDPD (artículo 3), ni la Directiva 2000/78/CE contemplan expresamente la "enfermedad" como factor de discriminación.

Sin embargo, como se avanzó, hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su reciente sentencia de 11 de abril de 2013 (asunto Ring), ha establecido que debe incluirse dentro del concepto de discapacidad "***toda enfermedad curable o incurable*** *que acarree una* ***limitación****, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, siempre que esta limitación sea* ***de larga duración***".

Así pues, **una enfermedad de larga duración que suponga una limitación real en la vida profesional de una persona estará comprendida en el concepto de "discapacidad" a efectos de la tutela antidiscriminatoria que prevé la Directiva 2000/78/CE.** Y es que, como sostiene el TJUE, "*no se aprecia que la Directiva 2000/78 sólo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad*".

B. Personas trabajadoras con discapacidad y trabajadores especialmente sensibles (TES)

7. ¿El concepto de TES está relacionado con la prevención de riesgos laborales?

Sí.

Dejando a un lado los tres tipos de TES que cuentan con una regulación específica en la LPRL (mujeres trabajadoras en situación de maternidad y lactancia – artículo 26 -, trabajadores menores de edad – artículo 27 - y trabajadores temporales – artículo 28 -), nos centraremos en el análisis del **artículo 25.1 LPRL**[8], donde tiene cabida la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riegos derivados del trabajo en general, y de las personas trabajadoras con discapacidad, en particular.

Artículo 25. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos

presario garantizará de **manera específica** la **protección** de los **trabajadores** que, por sus propias **erísticas personales o estado biológico conocido**, **incluidos** aquellos que tengan **reconocida** la situación **capacidad** física, psíquica o sensorial, **sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo**. in, **deberá tener en cuenta** dichos aspectos en las **evaluaciones de los riesgos** y, en función de éstas, **ará las medidas** preventivas necesarias.

abajadores **no serán empleados** en aquellos **puestos de trabajo** en los que, a causa de sus características ales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, **puedan los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro general, cuando** se encuentren manifiestamente en **estados o situaciones transitorias que no respondan xigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.**

8. En términos legales, ¿existe una definición de TES?

Sí.

8 Excluimos el análisis del 25.2 LPRL porque tal apartado, pese a su ubicación sistemática, no se refiere a los TES. Así, el referido apartado establece que "2. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias".

El citado **artículo 25 de la LPRL** lo define como aquellas **personas trabajadoras** que por sus **características personales o estado biológico conocido**, incluidas aquellas que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, **sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo** y no tengan una regulación jurídica específica (como sucede con la maternidad/lactancia –art. 26 – o las personas trabajadoras menores de edad – art. 27 -).

9. ¿A qué características personales se refiere el legislador cuando habla de TES?

En conexión con el **art. 189 de la LGSS**, podríamos entender que las características personales aludidas en la norma hacen referencia a **cualquier dolencia, limitación o enfermedad,** curable o incurable, **que no imposibilita para el trabajo**, pero que **exige de una especial atención** en la encomienda de funciones o en la atribución de determinados trabajos, a fin de no agravar dicha patología.

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

10. ¿Es posible equiparar las nociones de "TES" y de "persona trabajadora con una discapacidad – reconocida o no –" ?

En términos generales sí, pero no siempre dicha equiparación será correcta.

Sin duda, nos encontramos ante una de las preguntas-respuestas esenciales para que este trabajo sea realmente comprensible.

En nuestra opinión es posible afirmar que:

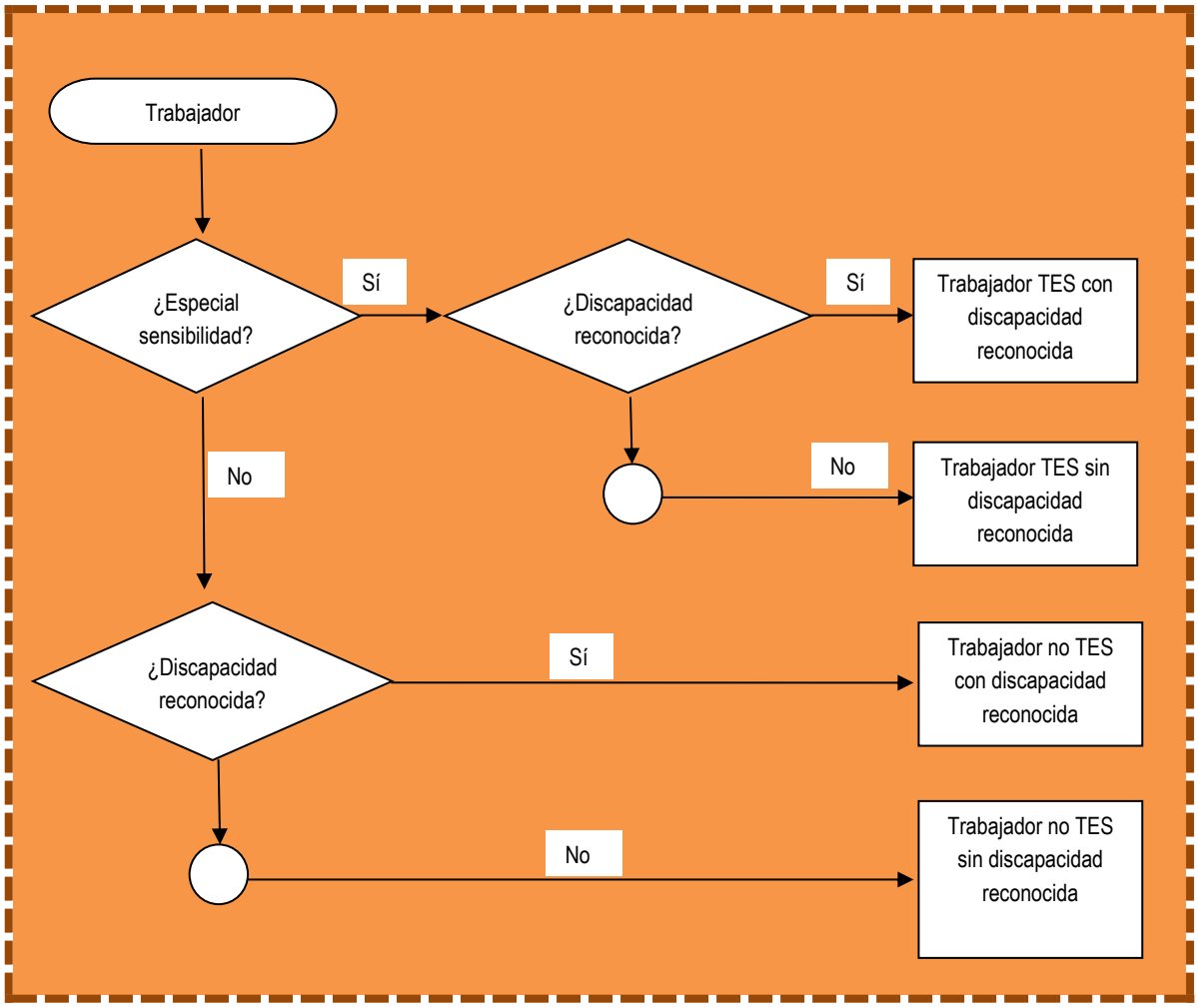
- ✓ Hay **TES que son personas trabajadoras con discapacidad reconocida**.
- ✓ Hay **TES** que no son personas trabajadoras con discapacidad reconocida, pero que entrarían dentro del concepto amplio de **personas trabajadoras con discapacidad** examinado en la respuesta a las preguntas 1 y 2 de este estudio.
- ✓ **Puede haber personas trabajadoras con discapacidad, reconocida o no, que no sean TES**.

En efecto, cuando el artículo 25.1 LPRL se refiere a los TES en cuanto colectivo respecto del cual el empresario "ha de garantizar de manera específica" su protección en el ámbito laboral incluye a:

*"los **trabajadores** que, por sus propias c**aracterísticas personales o estado biológico conocido**, **incluidos** aquellos que tengan **reconocida** la situación de **discapacidad** física, psíquica o sensorial, **sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo**."*

Es decir, si se lee atentamente el precepto, **ni TES es todo trabajador con una discapacidad reconocida, ni un trabajador con dicho reconocimiento puede considerarse por esa sola condición TES.** Estaremos ante un TES o no en función de si su situación personal o biológica implica una especial sensibilidad ante los riesgos derivados del trabajo. Obviamente, la situación normal será que un trabajador con una discapacidad reconocida sea considerado TES, pero no siempre debe ser así. Imagínese el supuesto de una persona cuya discapacidad reconocida (paraplejia) no le genera ningún tipo de necesidad de adaptación del puesto de trabajo al estar en una empresa totalmente adaptada a dicha situación.

Véase el diagrama de flujos siguiente:



11. Siendo así, ¿qué tipo de TES podríamos diferenciar, conjugando esta noción con la de persona con discapacidad?

Entendemos que una lectura integrada de los artículos 25.1 LPRL y 4 de la LGDPD nos permite diferenciar entre:

- ✓ Trabajadores especialmente sensibles/con discapacidad temporal o transitoria (pero a largo plazo).
- ✓ Trabajadores especialmente sensibles/con discapacidad permanente no reconocida.
- ✓ Trabajadores especialmente sensibles/con discapacidad reconocida.

12. En conclusión ¿puede haber un supuesto de una persona trabajadora con una discapacidad reconocida que no sea TES?

Sí.

Aunque la discapacidad reconocida constituye un indicio claro de especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo, es posible imaginar casos en los que el hecho de que el trabajador tenga dicha discapacidad ni incrementa los riesgos laborales de su lugar de trabajo (parámetro cuantitativo), ni la probabilidad de que se produzca un daño respecto de un riesgo existente (parámetro cualitativo).

CAPÍTULO II.

Personas trabajadoras con discapacidad y contratación

13. ¿Es posible considerar la regulación en materia de contratación y personas trabajadoras con discapacidad como una cuestión relacionada con su prevención de riesgos laborales?

Sí, en nuestra opinión sí.

No somos ajenos a la **sorpresa** que para el lector/a puede suponer un capítulo sobre contratación en un trabajo sobre la prevención de riesgos laborales de las personas trabajadores con discapacidad, pues *a priori* poco tiene que ver.

Sin duda, para los autores, la opción más fácil hubiese sido obviar este tema, pues su tratamiento es sumamente complejo, por la cantidad de normas que han de manejarse y por su propia complejidad aplicativa.

No obstante lo anterior, consideramos que una **percepción global e integral de la prevención de riesgos laborales de este colectivo de personas** ha de pasar necesariamente por las **medidas previstas para su contratación**, por ser un colectivo especialmente castigado desde el punto de vista del desempleo[9]. Consideramos que, a diferencia de la mayoría del resto de la población activa u ocupable, **las medidas de prevención de riesgos laborales con relación a las personas trabajadoras con discapacidad deben iniciarse en un momento pre-laboral**, por tanto, con adecuadas medidas para su contratación. Contratación de manera integrada, no segregada.

14. ¿El concepto normativo de persona trabajadora con discapacidad en materia de contratación viene referido a cualquiera de los supuestos analizados que integran dicha situación?

No.

Hasta la fecha, y a falta de desarrollo reglamentario de la LGDPD, las ventajas a la contratación establecidas normativamente benefician únicamente a las **personas trabajadoras con discapacidad reconocida**. Esa diferencia de trato respecto de las personas con discapacidad no reconocida se considera no discriminatoria en la medida en que viene objetivamente justificada por la finalidad de fomentar el empleo de las personas con discapacidad más vulnerables en el mercado de trabajo y con menores expectativas de contratación como son las personas trabajadoras con discapacidad reconocida. Se trata, en definitiva, de medidas de acción positiva.

A. Políticas activas de empleo y promoción del empleo de las personas con discapacidad

9 Según datos del INE sobre el 2011, el 26% de personas con discapacidad reconocida en edad de trabajar estaban desempleadas el 2011, superando en 5 puntos la tasa de paro de las personas sin discapacidad reconocida. http://www.ine.es/prensa/np753.pdf

15. ¿Qué normas regulan el fomento del empleo de las personas con discapacidad?

La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, establece el marco regulador de las políticas de empleo, entendiendo por tales el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades autónomas con la finalidad de desarrollar programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo.

Entre los objetivos de la política de empleo se encuentra el asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, personas discapacitadas y parados de larga duración mayores de 45 años.

Hay que tener en cuenta a este respecto que uno de los ejes de las políticas de activación para el empleo en torno a los cuales debe articularse la Estrategia Española de Activación para el Empleo (actualmente se está elaborando una nueva Estrategia para el período 2014-2016), regulada en el artículo 4 bis de la Ley 56/2003, es el de la igualdad de oportunidades, que incluye las actuaciones que tienen por objeto incentivar la contratación, la creación de empleo o el mantenimiento de los puestos de trabajo, especialmente para aquellos colectivos que tienen mayor dificultad en el acceso o permanencia en el empleo, con especial consideración a la situación de, entre otras, las personas con discapacidad.

En el mismo sentido, el artículo 37 de la LGDPD establece que será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

En este marco, la LGDPD (art. 37) prevé tres tipos de empleo de las personas con discapacidad:

a) Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo.

b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.

c) Empleo autónomo.

Por lo que se refiere al empleo ordinario, hay que destacar los **servicios de empleo con apoyo**, que consisten en un conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de

trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes. El programa de empleo con apoyo se encuentra regulado en el Real Decreto 870/2007, de 2 de julio.

En cuanto al empleo protegido, es preciso referirse, en primer lugar, a los **centros especiales de empleo**, que, de conformidad con el artículo 43 de la LGDPD, se definen como aquellos centros de trabajo cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Téngase en cuenta a este respecto que la relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y se rige por su normativa específica.

Finalmente, y siguiendo en el ámbito del empleo protegido, es preciso referirse a los **enclaves laborales** en cuanto forma de empleo protegido tendente a facilitar la transición al empleo ordinario de las personas con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo. El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad sigue vigente en la actualidad, a pesar de la derogación de aquellas referencias a bonificaciones a la Seguridad Social (por parte de la Ley 43/2006). De conformidad con el artículo 1 del RD 290/2004, se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

De todo lo expuesto se deriva, en definitiva, que los poderes públicos están obligados a fomentar el empleo de las personas con discapacidad tanto en el empleo ordinario como en el empleo protegido.

Al respecto conviene tener presente que la Disposición Final duodécima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, recoge la obligación del Gobierno de, a lo largo de la **presente legislatura, regular un nuevo marco legal de medidas estatales de políticas activas de empleo** dirigidas de manera integrada a favorecer la inclusión laboral de las personas con

discapacidad, donde deberán establecerse los contenidos mínimos que serán de aplicación en el conjunto del Estado.

Por su parte, la Disposición Final decimosexta de la Ley 3/2012 impone al Gobierno la obligación de, en el **plazo de doce meses** desde su entrada en vigor, remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de promoción de la inclusión laboral de personas con discapacidad, con el fin de establecer un nuevo sistema de promoción que ayude a la creación y mantenimiento del empleo de calidad de estas personas, previa consulta a las Comunidades Autónomas, a los interlocutores sociales y a las asociaciones más representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

16. ¿Cuáles son las previsiones que en materia de "cuotas de reserva" se disponen para los trabajadores con discapacidad reconocida?

Desde la Ley 13/1982 el ordenamiento jurídico español se ha dotado de una clara **"cuota de reserva"** a favor de las personas con discapacidad reconocida.

En la actualidad, esa obligación se recoge en el artículo 42 de la LGDPD donde se establece que las **empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores/as** vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad. En otras palabras, las empresas con 50 o más trabajadores/as han de reservar el 2 por 100 de los puestos de trabajo para las personas con discapacidad.

Por lo que se refiere a las **Administraciones públicas**, las Leyes 53/2003 y 7/2007 situaron esta cuota en el 5%, habiéndose aumentado hasta el **7%** por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En definitiva, la previsión actual dispone que:

"en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad."

17. ¿Cómo se ha de realizar el cómputo de trabajadores/as para determinar dicha cuota de reserva?

La Disposición Adicional primera del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad establece las reglas a tener en cuenta para el cómputo del 2% de trabajadores con discapacidad en empresas de 50 o más trabajadores:

El **período de referencia** para dicho cálculo serán los **12 meses inmediatamente anteriores**, durante los cuales se obtendrá el promedio de trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial, en la totalidad de centros de trabajo de la empresa.

- ✓ Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computaran como trabajadores fijos de plantilla.
- ✓ Los trabajadores contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia. Cada 200 días trabajados o fracción se computará como un trabajador más. A los efectos del cómputo de los 200 días trabajados se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 el número de días trabajados en el citado período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.

18. ¿Qué medidas se prevén para garantizar las cuotas de reserva?

Es interesante destacar que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad incluye la obligación del Gobierno de, en el plazo de un año y en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad, promover la adopción de medidas para:

- ✓ Asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de 50 o más trabajadores mediante la contratación directa.
- ✓ Establecer condiciones en los contratos del sector público relacionadas con el porcentaje de empleo de las personas con discapacidad en la ejecución de los mismos.
- ✓ Evaluar las medidas existentes y estudiar medidas alternativas que conduzcan al aumento de la contratación en el empleo ordinario, al objeto de configurar un conjunto de medidas más eficiente.

19. ¿La obligación de reserva debe cumplirse estrictamente en sus propios términos?

No, es posible su sustitución por medias alternativas.

Desde la Ley 13/1982 el ordenamiento jurídico español ha dispuesto una clara "cuota de reserva" a favor de las personas con discapacidad reconocida. Sin embargo, dicha claridad normativa ha chocado tradicionalmente con su **incumplimiento reiterado por parte de las empresas y, no hay que olvidarlo, con una manifiesta permisividad por parte del poder público sancionador a la hora de exigir su efectivo cumplimiento**.

A dicho problema se le dio un **cauce de solución**, ciertamente **criticable** desde una perspectiva social y de protección real, efectiva e integradora de este colectivo de trabajadores por el **Real Decreto 27/2000**, de 14 de enero, que incluyó la posibilidad de que, excepcionalmente, los empresarios obligados al cumplimiento de la cuota de reserva pudieran sustituir dicha obligación por medidas alternativas. Un decreto derogado y sustituido por el **RD 364/2005**.

20. ¿A través de qué medios es posible la sustitución de la obligación de reserva por medidas alternativas?

El artículo 1.1 RD 364/2005 establece la posibilidad de que las **empresas públicas y privadas obligadas** a contratar a personas con discapacidad puedan, excepcionalmente, **quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, a través de**:

- ✓ Acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83 ET, apartados 2 y 3.
- ✓ En ausencia de dichos acuerdos, por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, por los motivos establecidos en el apartado segundo del artículo 1.

En ambos supuestos, para proceder a la exención de la obligación de contratación, la empresa deberá aplicar alguna de **las medidas sustitutorias o alternativas** que se regulan en el propio RD 364/2005.

21. En la práctica ¿es difícil que concurran algunas situaciones de excepcionalidad que permitan recurrir a medidas de cumplimiento alternativas?

Sinceramente, consideramos que **no.**

El apartado 2 del artículo 1 RD 364/2005 establece que se entenderá que concurre la **nota de excepcionalidad** en los siguientes supuestos:

- ✓ Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se deba a la **imposibilidad** de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan **atender la oferta de empleo** presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluirla con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.
- ✓ Cuando existan, y así se acrediten por la empresa obligada, **cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa**. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.

La declaración de excepcionalidad tendrá una **validez de tres años** desde su resolución y, transcurrido dicho plazo, las empresas deberán solicitar una nueva declaración (artículo 1.4 RD 364/2005).

22. ¿La norma concreta cuáles son las medidas alternativas previstas?

Sí.

Las **medidas alternativas** que las empresas pueden aplicar para sustituir la obligación de reserva de empleo en favor de personas con discapacidad son las siguientes, enumeradas en el artículo 2.1 RD 364/2005:

a) Celebración de un **contrato** mercantil o civil con un **centro especial de empleo**, o con un **trabajador autónomo con discapacidad**, para el **suministro** de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa.[10]

b) Celebración de un **contrato** mercantil o civil con un **centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad**, para la **prestación de servicios** ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.[11]

10 El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad deberá ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento (artículo 2.2 RD 364/2005).

11 El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad deberá ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento (artículo 2.2 RD 364/2005).

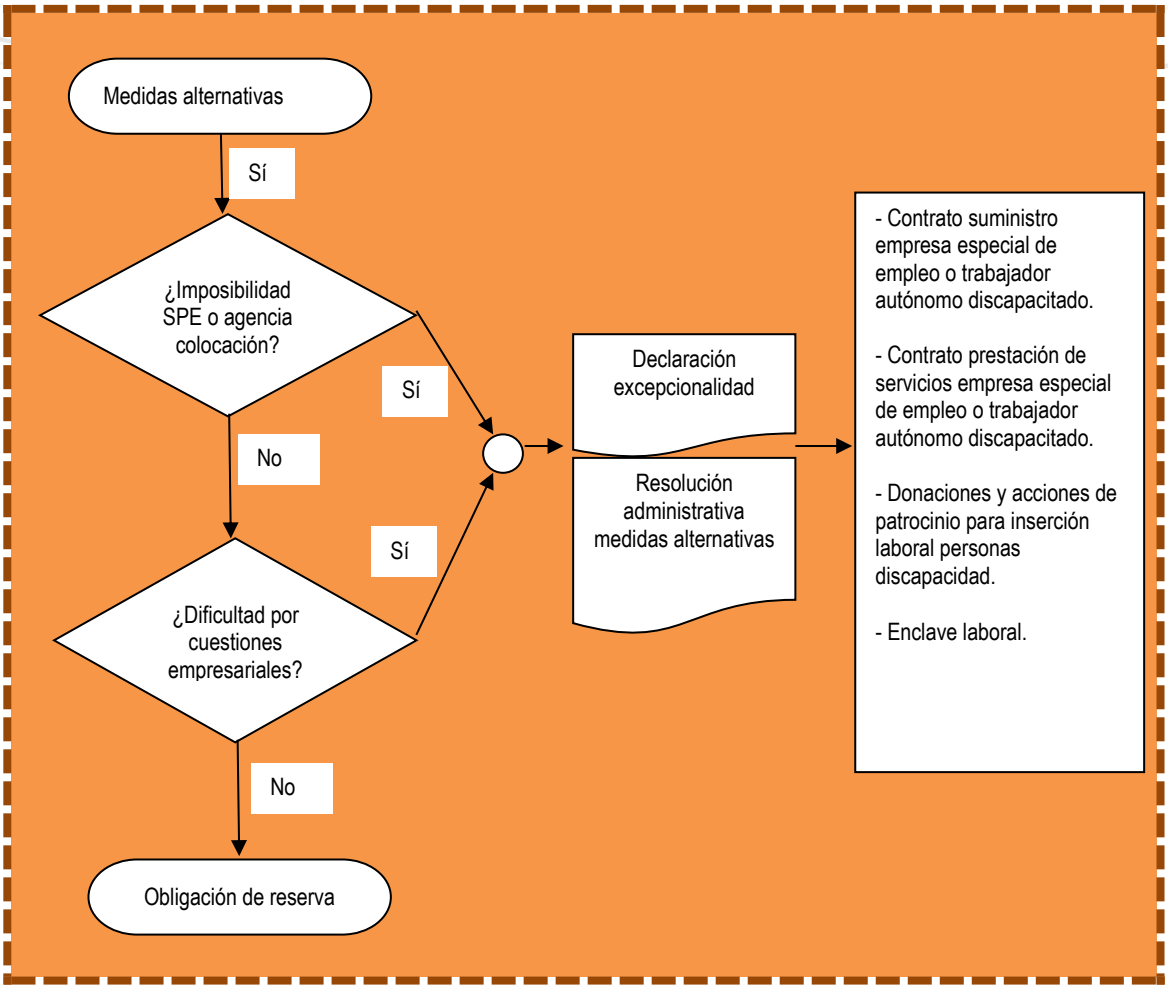
c) Realización de **donaciones y de acciones de patrocinio**, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.[12]

d) La constitución de un **enclave laboral**, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.[13]

Para optar por alguna de las medidas alternativas recogidas en el artículo 2.1 RD 364/2005, las empresas deberán solicitarlo con carácter previo a su aplicación, de forma conjunta con la solicitud de declaración de excepcionalidad. Los servicios públicos de empleo resolverán sobre la declaración de excepcionalidad y las medidas alternativas aplicadas en la misma resolución administrativa.

Véase el flujograma que se presenta a continuación en relación con las situaciones de excepcionalidad que permiten recurrir a medidas de cumplimiento alternativas (pregunta 22) y dichas medidas alternativas (pregunta 23):

12 El importe anual de estas donaciones y acciones de patrocinio deberá ser, como mínimo, de un importe de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento (artículo 2.2 RD 364/2005).
13 El importe anual de los contratos entre los centros especiales de empleo y las empresas colaboradoras para la constitución de enclaves laborales deberá ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento (artículo 2.2 RD 364/2005).



23. ¿Existen mecanismos de seguimiento del cumplimiento de dichas medidas alternativas?

Sí.

Los servicios públicos de empleo –Servicio Público de Empleo Estatal o los servicios públicos de empleo autonómicos– efectuaran el seguimiento del cumplimiento de la adopción de las medidas y las obligaciones establecidas en este Real Decreto por parte de las empresas

24. ¿Se prevén infracciones y sanciones en materia de cuotas de reserva y medidas alternativas?

Sí.

El incumplimiento de las anteriores obligaciones empresariales en materia de contratación de personas con discapacidad o medidas alternativas está regulado como infracciones laborales en la **Ley sobre**

Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) (en adelante, **LISOS**).

En este sentido, el artículo 15.3 LISOS incluye como **infracción grave** el incumplimiento en materia de integración laboral de personas con discapacidad de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. Según el artículo 40.1.b) LISOS, las infracciones graves serán sancionadas con multa, en su grado mínimo, de **626 a** 1.250€, en su grado medio de 1.251 a 3.125€ y, en su grado máximo de 3.126 a **6.250€.**

La sanción se impondrá en su grado máximo cuando, en los dos años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción, el sujeto responsable ya hubiere sido sancionado en firme por incumplimiento de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de sus medidas alternativas.

Además de la empresa, según el artículo 2.14 LISOS, también pueden ser sujetos responsables de infracciones laborales las fundaciones y asociaciones de utilidad pública beneficiaras de donaciones y acciones de patrocinio para el desarrollo de actividades de inserción y de creación de empleo de personas con discapacidad, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con discapacidad. En este sentido, el artículo 16.6 LISOS incluye entre las infracciones muy graves la aplicación indebida o la no aplicación a los fines previstos legal o reglamentariamente de las donaciones y acciones de patrocinio recibidas de las empresas por fundaciones y asociaciones de utilidad pública, como medida alternativa al cumplimiento de la obligación de reserva de empleo a favor de las personas con capacidad.[14] Las infracciones graves serán sancionadas con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000€, en su grado medio, de 25.001 a 100.005€ y, en su grado máximo, de 100.006 a 187.515€.

25. En el ámbito de la contratación administrativa, ¿es posible que las AA.PP. controlen el cumplimiento de la cuota de reserva por parte de las empresas con las que pretendan contratar?

Sí.

Los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los

14 Esta infracción fue añadida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

minusválidos (ley ya derogada y sustituida por la LGDPD) en cuanto a la obligación de contar con un 2% de personas trabajadoras con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

A tal efecto y, en su caso, **los pliegos de cláusulas administrativas particulares** pueden (deberían) incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores/as de plantilla como el número particular de personas trabajadoras con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.

26. En conclusión ¿es posible valorar de manera positiva las previsiones en materia de cuota de reserva?

No.

En nuestra opinión, resulta criticable la posibilidad de exonerarse del cumplimiento de la cuota de reserva acudiendo a las – teóricamente – excepcionales, pero - en la práctica - comunes medidas alternativas. Con ello, no se genera más que una profunda estigmatización y segregación de las personas trabajadoras con discapacidad reconocida, en lugar de su normal integración en cualquier empresa de mediana o gran dimensión.

B. Incentivos a la contratación

27. ¿Qué son los incentivos a la contratación?

Los incentivos a la contratación consisten **en bonificaciones, reducciones y exenciones de cuotas a la Seguridad Social, deducciones fiscales y subvenciones** a la adaptación de puestos de trabajo.

Asimismo hay que incluir los incentivos destinados al fomento del autoempleo, que financian proyectos empresariales, proyectos de autoempleo de trabajadores por cuenta propia y conceden subvenciones para la constitución de cooperativas de trabajo asociado o sociedades laborales.

28. ¿Existen incentivos a la contratación de personas con cualquier tipo de discapacidad?

No.

Existen incentivos para el fomento de la contratación de **personas trabajadoras con discapacidad reconocida**, esto es, con un grado de discapacidad igual o superior al 33% reconocido como tal por el Organismo competente, o pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, o pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

29. ¿Cuáles son los incentivos a la contratación de personas con discapacidad reconocida?

a) *Bonificaciones a la Seguridad Social*

El artículo 2.2 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo reconoce las siguientes bonificaciones a los empleadores que contraten a personas con discapacidad:

- ✓ En el supuesto de contratación indefinida, tendrán derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, de su equivalente diario por trabajador contratado, de 375€/mes o 4.500€/año durante toda la vigencia del contrato.
- ✓ La misma bonificación se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento del empleo[15] celebrados con personas con discapacidad, o de transformación en indefinidos de contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.
- ✓ La bonificación será de 425€/mes o 5.100€/año si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes: a) personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%; o b) personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.
- ✓ Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años la bonificación que corresponda se incrementará en 100€/mes o 1.200€/año. Si la persona contratada es una mujer con discapacidad, la bonificación se incrementará en 70,83€/mes o 850€/año.

También se reconocen bonificaciones a la Seguridad Social para la celebración de contratos temporales. En este sentido, el artículo 1.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo –según redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes

15 Contrato regulado en el artículo 15 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, de Empresas de Inserción.

para la reforma del mercado laboral– "*se regulan con carácter excepcional bonificaciones para los contratos temporales que se celebren con trabajadores con discapacidad o con personas que se encuentren en situación de exclusión social, siempre que, en ambos casos, estén desempleados e inscritos en la Oficina de Empleo*". El artículo 2.2 Ley 43/2006 regula las siguientes bonificaciones:

- ✓ En el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento del empleo, la bonificación ascenderá a 291,66€/mes o 3.500€/año durante toda la vigencia del contrato.
- ✓ La bonificación será de 341,66€/mes o 4.100€/año si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes: a) personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%; o b) personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.
- ✓ Si en el momento de la contratación el trabajador tiene 45 o más años o se trata de una mujer, la bonificación correspondiente se incrementará, en ambos supuestos, en 50€/mes o 600€/año.

El artículo 2.3 Ley 43/2006 reconoce también bonificaciones a la contratación de trabajadores con discapacidad por centros especiales de empleo:

- ✓ Cuando se trate de trabajadores con discapacidad contratados por un centro especial de empleo, mediante contrato indefinido o temporal, incluidos los contratos formativos, se aplicarán las bonificaciones del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta.
- ✓ La misma bonificación se disfrutará por los centros especiales de empleo en supuestos de transformación en indefinidos de los contratos temporales de comento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.
- ✓ El artículo 7.3 Ley 43/2006 establece que las bonificaciones previstas en dicha ley no podrán, en concurrencia con otras medidas de apoyo público establecidas para la misma finalidad, superar el 60% del coste salarial anual correspondiente al contrato que se bonifica. Sin embargo, establece una excepción a esta regla para la contratación de trabajadores con discapacidad por centros especiales de empleo, en que se estará a lo establecido en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones destinadas a la integración laboral de las personas con discapacidad en estos centros.

Finalmente, es interesante apuntar que la disposición transitoria sexta del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la

competitividad –redactado según la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social– suprime el derecho de las empresas a la aplicación de bonificaciones por contratación, mantenimiento del empleo o fomento del autoempleo, en las cuotas a la Seguridad Social que se estén aplicando en virtud de cualquier norma. Esta supresión, no obstante, no afecta, entre otras, a las bonificaciones reconocidas –y analizadas en este apartado– en la Ley 43/2006.

b) *Bonificaciones a la Seguridad Social para personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia*

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización modifica la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad en materia de reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia.

El nuevo redactado de la disposición adicional undécima de la Ley 45/2002 establece que las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33% que causen alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se beneficiaran, durante los cinco años siguientes, de las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes:[16]

- ✓ Reducción equivalente al 80% de la cuota durante los 6 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta. Esta reducción, no obstante, no será de aplicación a los trabajadores por cuenta propia con discapacidad que empleen a trabajadores por cuenta ajena.
- ✓ Bonificación equivalente al 50% de la cuota durante los 54 meses siguientes.

Cuando los trabajadores por cuenta propia con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, sean menores de 35 años y causen alta inicial o no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores, tendrán derecho a las siguientes reducciones y bonificaciones sobre la cuota por contingencias comunes –no tendrán derecho a estas reducciones y bonificaciones los trabajadores por cuenta propia con discapacidad que empleen a trabajadores por cuenta ajena–:

- ✓ Reducción equivalente al 80% de la cuota durante les 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de alta.

16 La cuota a reducir, concreta la misma disposición, será el resultado de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal por un período máximo de 5 años.

- ✓ Bonificación equivalente al 50% de la cuota durante los 4 años siguientes.
- ✓ Posibilidad de acogerse posteriormente, en su caso, a las reducciones y bonificaciones analizadas anteriormente, siempre y cuando el cómputo total de las mismas no supere el plazo máximo de 60 mensualidades.

Las reducciones y bonificaciones previstas en esta disposición adicional también serán de aplicación a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado, que estén encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, cuando cumplan los requisitos anteriores.

Estas bonificaciones reconocidas en este precepto tampoco se encuentran suspendidas por la disposición transitoria sexta del Real Decreto-Ley 20/2012.

c) ***Bonificaciones a la Seguridad Social por contratos de interinidad celebrados con trabajadores con discapacidad desempleados***

La disposición adicional novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de reforma del Sistema de Protección por Desempleo y Mejora de la Ocupabilidad reconoce bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social por contratos de interinidad que se celebren con personas con discapacidad desempleadas para sustituir a trabajadores con discapacidad que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal. La bonificación es del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, durante toda la vigencia del período que persista dicha situación.

Estas bonificaciones reconocidas en este precepto tampoco se encuentran suspendidas por la disposición transitoria sexta del Real Decreto-Ley 20/2012.

d) ***Incentivos fiscales en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización***

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización incluye incentivos fiscales a, entre otros, la creación de empleo para trabajadores con discapacidad.

Concretamente, modifica el artículo 41 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) y establece que será deducible de la cuota íntegra la cantidad de 9.000€ por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad

en un grado igual o superior al 33% e inferior al 65% experimentado durante el período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del período inmediato anterior. La deducción aumenta hasta 12.000€ por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 65%.

C. Especialidades en materia de contratación laboral de personas con discapacidad

30. En materia de contratos laborales, ¿existen especialidades relativas a las personas con discapacidad?

Sí, son las siguientes.

*a) El **contrato temporal de fomento del empleo** de personas con discapacidad*

El contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad sigue vigente en la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo.

Según esta disposición, las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33% o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La duración de este contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad no podrá ser inferior a 12 meses ni superior a 3 años. Cuando se concierten por un plazo inferior al máximo establecido, podrá prorrogarse antes de su terminación por períodos mínimos de 12 meses.

La celebración de este contrato exige:

- ✓ Que estemos ante una empresa que en los doce meses anteriores a la contratación, no hayan extinguido contratos indefinidos por despido declarado improcedente o por despido colectivo.
- ✓ Que la duración del contrato sea como mínimo 12 meses y máximo 3 años.

- Que a la terminación del contrato se indemnice al trabajador con una compensación económica equivalente a 12 días de salario por año de servicio o parte proporcional en su caso.

A la finalización del contrato, el trabajador con discapacidad tendrá derecho a percibir una compensación económica equivalente a 12 días de salario por año de servicio.

Como se ha comentado anteriormente, la conversión de este contrato temporal de fomento del empleo en indefinido dará derecho a bonificaciones a la Seguridad Social (artículo 2.2 Ley 43/2006).

*b) **Contratos formativos** y personas con discapacidad*

Los contratos formativos –contrato en prácticas y contrato para la formación y el aprendizaje– regulados en el artículo 11 ET, lógicamente, también pueden concertarse con personas con discapacidad. En este sentido, dicho precepto establece algunas especialidades en relación con el régimen jurídico de los contratos formativos cuando sean celebrados con personas con discapacidad:

- Posibilidad de celebrar un contrato en prácticas dentro de los siete años siguientes a la obtención de la titulación formativa necesaria (y no cinco como se establece como norma general).
- El límite de edad para suscribir un contrato para la formación y el aprendizaje no es de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad.

La disposición adicional segunda ET establece también algunas particularidades en relación con los contratos formativos celebrados con personas con discapacidad:

- Las empresas que celebren contratos en prácticas o para la formación y el aprendizaje con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una reducción, durante la vigencia del contrato, del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes.
- Los trabajadores con discapacidad contratados para la formación no se computarán para determinar el número máximo de contratos que las empresas pueden realizar en función de su plantilla.

*c) **Contrato de interinidad***

Debemos destacar también el contrato de interinidad con trabajadores con discapacidad desempleados para sustituir a personas discapacitadas que tengan suspendido el contrato de trabajo por incapacidad temporal (Ley 45/2002, Disp. Adic. 9ª*): " Los contratos de interinidad que se celebren con personas discapacitadas desempleadas, para sustituir a trabajadores y trabajadoras con discapacidad que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal durante el período que persista dicha situación, darán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales de la*

Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta."

d) Modalidades e incentivos contractuales para el fomento de la contratación de trabajadores jóvenes y con discapacidad

La Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo prevé seis modalidades contractuales para el fomento de la contratación de trabajadores jóvenes. Resumidamente:

- ✓ Incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa (artículo 9):

  Las empresas –también los trabajadores autónomos– que celebren contratos a tiempo parcial con vinculación formativa con jóvenes desempleados menores de 30 años tendrán derecho, durante un máximo de 12 meses, a una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes del 100% -empresas con plantilla inferior a 250 trabajadores- o 75% -empresas con plantilla igual o superior a dicha cifra-. Este incentivo podrá ser prorrogado por otros 12 meses, siempre que el trabajador continúe compatibilizando el empleo con la formación, o la haya cursado en los 6 meses previos a la finalización del período anterior.

- ✓ Contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos (artículo 10):

  Las empresas –incluidos los trabajadores autónomos– que contraten de manera indefinida, a tiempo completo o parcial, a un joven desempleado menor de 30 años tendrán derecho a una reducción del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondientes al trabajador contratado durante el primer año de contrato. Para poder acogerse a esta modalidad de contratación, la empresa, entre otros requisitos, debe tener una plantilla igual o inferior a 9 trabajadores.

- ✓ Incentivos a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven (artículo 11):

  Los trabajadores por cuenta propia menores de 30 años y sin trabajadores asalariados que contraten por primera vez, de forma indefinida, a tiempo completo o parcial, a personas desempleadas de edad igual o superior a 45 años inscritas ininterrumpidamente como desempleadas en la oficina de empleo al menos durante 12 meses en los 18 anteriores, tendrán derecho a una reducción del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las cuotas de recaudación conjunta.

- ✓ Primer empleo joven (artículo 12):

Las empresas podrán celebrar contratos temporales con jóvenes desempleados menores de 30 años que no tengan una experiencia laboral previa o si ésta es inferior a 3 meses.

- ✓ Incentivos a los contratos en prácticas (artículo 13):

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 ET en relación con el contrato en prácticas, podrán celebrarse contratos en prácticas con jóvenes menores de 30 años aunque hayan trascurrido 5 o más años desde la terminación de los estudios. Las empresas –también trabajadores autónomos– que realicen un contrato en prácticas con un trabajador menor de 30 años tendrán derecho a una reducción del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato.

- ✓ Incentivos a la incorporación de jóvenes a entidades de la economía social (artículo 14):

a) Bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante 3 años de 66,67€/mes o 800€/año para las cooperativas o sociedades laborales que incorporen trabajadores desempleados menores de 30 años como socios trabajadores o de trabajo.

b) Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social aplicables a las empresas de inserción en los supuestos de contratos de trabajo suscritos con personas menores de 30 años en situación de exclusión social incluidas en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, de 137,50€/mes o 1.650€/año durante toda la vigencia del contrato o durante tres años en caso de contratación indefinida.

La disposición adicional novena de dicha ley establece que dichos incentivos a la contratación también serán de aplicación cuando el contrato se celebre con jóvenes menores de 35 años que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% y cumplan los demás requisitos especificados en la ley. Como puede observarse, el límite de edad de 30 años establecido como norma general se incrementa hasta 35 años para los trabajadores con discapacidad.

Por último, es preciso referirse al reciente Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, en la medida en que articula nuevas medidas de fomento de la empleabilidad y la ocupación (Título IV), entre las que se encuentra la creación del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. La principal finalidad del sistema consiste en el establecimiento de medidas de apoyo a la contratación, educación y formación de jóvenes mayores de 16 años y menores de 25, o menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación.

CAPÍTULO III.

Condiciones de trabajo de las personas trabajadoras con discapacidad desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales

31. ¿Por qué se establecen medidas especiales de protección para las personas trabajadoras especialmente sensibles, incluyendo a las personas con discapacidad?

Debe recordarse que **uno de los principios de la política preventiva consagrado en el artículo 15 de la LPRL es la de adaptar el puesto de trabajo a la persona**. Ello comporta, necesariamente, que el empresario adopte todas las medidas a su alcance para evitar los riesgos, evaluar los que no se puedan combatir y, en este caso, adoptar las medidas para prevenirlos en origen.

Desde esta lógica, es evidente que aunque el foco prioritario de atención en la política preventiva es el puesto de trabajo, ello no significa que el empresario deba ser ajeno a la situación particular de cada individuo, por cuanto van a ser personas las que precisamente van a ocupar los puestos de trabajo.

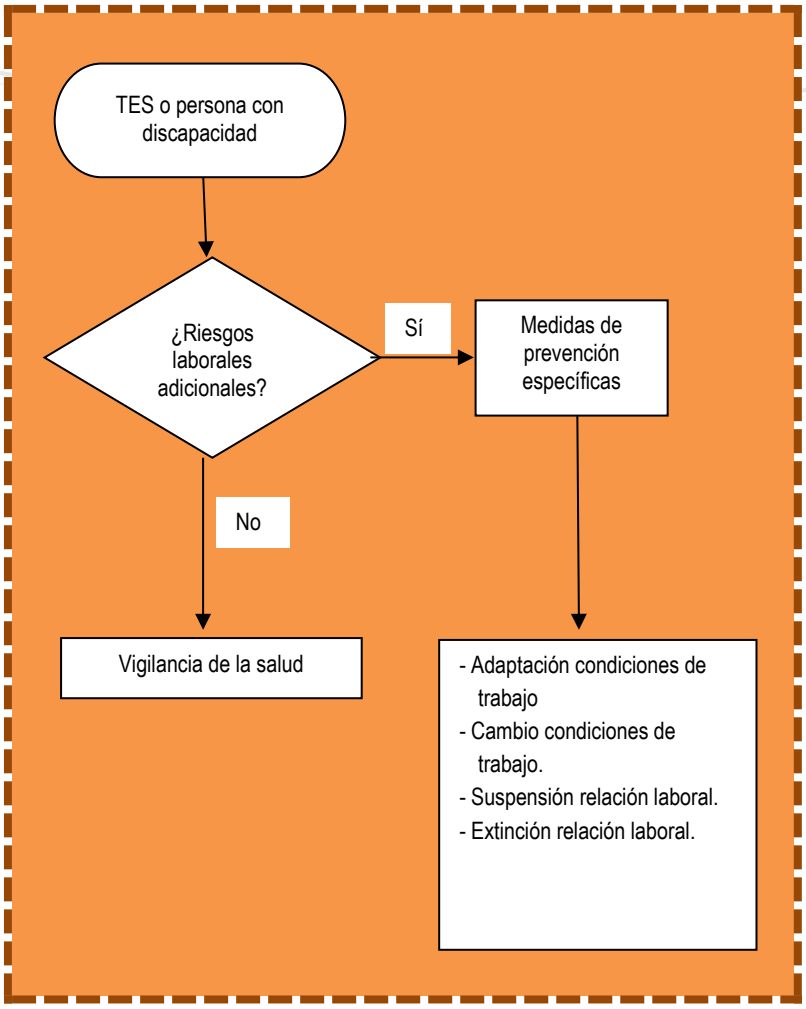
Y en la medida en que, también en lógica con el art. 22 LPRL, la salud de las personas trabajadoras puede suponer un riesgo *per se* o agravar los ya existentes en el puesto de trabajo, es evidente que **el empresario no satisface su obligación preventiva con el mero establecimiento de medidas de vigilancia periódica de la salud, sino que debe** –además- **adoptar la medidas de protección específicas que sean necesarias en atención a ese particular estado de salud**.

32. ¿Cuáles son las medidas preventivas que deben tenerse en cuenta?

En nuestra opinión, la medida más relevante, instrumental a todas las demás, es la vigilancia de la salud de las personas especialmente sensibles a los riegos derivados del trabajo, incluyendo, en su caso, a las personas con discapacidad. Una medida, sin duda, fundamental para determinar si se requiere la adopción de alguna otra medida preventiva:

- ✓ **Adaptar las condiciones de trabajo.**
- ✓ **Cambiar de puesto de trabajo.**
- ✓ **Suspender o extinguir la relación laboral.**

Véase el diagrama de flujo siguiente:



A. Aspectos generales de la gestión preventiva

A.1. Plan de prevención: evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva

33. ¿Qué trascendencia práctica tiene el hecho de que el legislador requiera en el artículo 16 LPRL una actividad de planificación y no simplemente de prevención?

El legislador ha querido ir más allá de meros formalismos, para instaurar en el seno de las organizaciones el principio de "*transversalidad*", a partir del cual integrar el factor "seguridad" en todos sus ámbitos y niveles jerárquicos.

El objetivo –por tanto- es, no sólo que el principio de "planificación preventiva" entre en las mesas de negociación y en la agenda de los órganos de Dirección de las empresas, sino especialmente que **todas las organizaciones intervengan activamente en su promoción, a través de un verdadero plan de acción**.

34. ¿Todas las empresas están obligadas a presentar un Plan de Prevención?

Sí.

A diferencia de lo que ocurre en el caso, por ejemplo, del Plan de Igualdad, la LPLR no exige un umbral mínimo a partir del cual activar la obligación de desarrollar un Plan de Prevención. En base a ello, **todas las empresas, con independencia de su dimensión, están obligadas a cumplir con las obligaciones dispuestas en el art. 16 LPRL**.

Ello, sin perjuicio de que en atención a las características de las PYMEs y sus particulares dificultades para hacer frente a las previsiones generales del art. 14 LPRL, las Administraciones Públicas puedan llevar a cabo una labor especial de promoción y apoyo.

Igualmente, debe destacarse que la evaluación genérica de riesgos que contempla el art. 16 LPRL, debe completarse con otra específica, en el caso de empresas integradas en sectores de actividad específicos, tareas determinadas o determinados agentes lesivos o especialmente peligrosos.

Es el caso del sector de la construcción (arts. 4 a 6 del RD 1627/1997, de 24 de octubre), los sujetos a la exposición de agentes biológicos (art. 4 del RD del 664/1997), a la exposición de agentes cancerígenos (art. 3 RD 664/1997), agentes químicos (art. 3 del RD 374/2001, de 6 de abril), a la exposición al ruido (art. 3 del RD 1316/1989, de 27 de octubre), a la exposición de fibras de amianto (art. 4 de la Orden de 31 de octubre de 1984), o a la exposición de cloruro de vinilo (art. 4 de la Orden de 9 de abril de 1986).

35. . ¿Cuál es el contenido de un Plan de Prevención?

El Plan de Prevención podría calificarse como el **conjunto ordenado de medidas, adoptadas a partir de la evaluación de riesgos laborales, tendentes a llevar a cabo la labor preventiva y de protección de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo**.

En consecuencia, el Plan de Prevención debe fijar unos **objetivos concretos a alcanzar**, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución y el establecimiento de sistemas eficaces de control, seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Partiendo de la diversidad de factores que inciden en la labor preventiva en la empresa, resulta evidente que como contenidos del Plan de Prevención deben integrarse los siguientes aspectos: **evaluación de riesgos; medidas de protección y equipos de trabajo; información, formación y participación de los trabajadores; medidas de emergencia y en situaciones de riesgo grave e inminente; vigilancia de la salud; coordinación de actividades; protección de colectivos especiales, como es el supuesto de los trabajadores con discapacidad/trabajadores especialmente sensibles que analizamos; organización de la actividad preventiva; y obligaciones de los trabajadores**.

36. ¿Debe negociarse con los representantes de los trabajadores el Plan de Prevención?

Entendemos que **sí.**

La Ley no exige procedimiento especial de negociación del Plan de Prevención con los representantes legales de los trabajadores, ni tampoco el deber de llegar a un acuerdo con esto, por lo que se refiere a su contenido.

En todo caso, sí que exige la participación de los representantes de los trabajadores en su gestación, participación que puede articularse a través de fórmulas de **información y consultas** y que, normalmente, se vehiculiza a través del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Con respecto a la evaluación de riesgos, el art. 5.1 RD 39/1997 establece la posibilidad de consensuar con los trabajadores los criterios objetivos técnicos a utilizar. Dicha posibilidad, entendida básicamente en el marco de las fórmulas de participación de los trabajadores, no supone la posibilidad de pactar de manera discrecional los métodos a utilizar. De acuerdo con los principios consagrados en el art. 15 LPRL, sólo cabe entender la posibilidad de seleccionar de forma consensuada el sistema de valoración a seguir, de entre varios posibles, siempre que todos reúnan condiciones similares de objetividad y fiabilidad.

37. ¿Quién puede/debe realizar el Plan de Prevención?

En la medida en que el legislador atribuye al empresario el deber de proteger la seguridad y salud de los trabajadores, **corresponde al empresario** la ejecución de la actividad preventiva y, como derivación de ella, de la elaboración del Plan de Prevención.

Sin embargo, esta obligación no tiene por qué desarrollarla personal y materialmente el empresario, de manera que se permite (recomienda, cuando no existe la formación técnica adecuada) que participen en su elaboración otras personas o entidades especializadas. De hecho, el art. 3.4 del RD 39/1997 dispone que la evaluación de riesgos deberá realizarse "mediante la intervención de personal **competente",** esto es, con los conocimientos y habilidades necesarias, según se trate de funciones de nivel básico (art. 35.c) y d) del RD 39/1997: realizar evaluaciones elementales de riesgos y, en general, colaborar en la evaluación), de nivel intermedio (art. 36.1.b) RD 39/1997: realizar evaluaciones de riesgos, salvo las específicamente reservadas a nivel superior), o de nivel superior (art. 37.1.b) RD 39/1997: evaluaciones que requieran el establecimiento de una estrategia de medición o bien una interpretación o aplicación no mecánica de los criterio de evaluación).

En todo caso, el art. 16 LPRL expone claramente que **en la fase de implementación de dicho Plan, deberán implicarse todos los niveles jerárquicos y funcionales de la organización,** especialmente, personal directivo y mandos intermedios quienes, en virtud del principio de transversalidad o de gestión integrada de la prevención, deberán tener presente en todas sus decisiones el "factor seguridad".

38. ¿Cuándo debe llevarse a cabo la evaluación de riesgos laborales?

Es evidente que toda acción preventiva requiere, previamente, de un **diagnóstico de situación**, esto es, de "el conocimiento de las condiciones de cada uno de los puestos de trabajo" (art. 2.2 RD 39/1997).

En esta línea, en primer lugar deberán **identificarse todos los puestos de trabajo** (con independencia de si se ha pactado o no por contrato de trabajo un sistema de polivalencia funcional o de equivalencias entre categorías). En segundo lugar, **deberán analizar todas aquellas características que puedan tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador** (art. 4.7 LPRL) y de los medios materiales de los que se sirvan los trabajadores para desempeñar sus tareas. A ello deberá añadirse, la **valoración de las condiciones físicas del lugar de trabajo**, entendiendo por tal, el espacio donde desarrollen su actividad productiva o al que puedan acceder con ocasión de su actividad contractual.

Consiguientemente, el sistema de prevención gira en torno a dos evaluaciones: 1) una **inicial** de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, que se realizará, con carácter general, teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, sin perjuicio de ser actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo, operación que forma parte de la acción preventiva, según el artículo 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; y 2) **otra evaluación posterior** de los riesgos detectados en la evaluación inicial, y que tiene por objeto estimar la magnitud y el alcance de aquellos riesgos que resulten inevitables, a fin de adoptar las medidas preventivas de rigor y en la que no se trata de valorar unos riesgos que se estiman inevitables, sino de un análisis previo de la situación para poner de manifiesto la existencia de algunos factores que intervienen en el proceso de trabajo, con posibilidad de incidir negativamente en la seguridad o en la salud de los trabajadores.

En todo caso, el legislador deja claro que se trata de un **proceso vivo o dinámico**, esto es, que debe ir reformulándose y actualizándose a medida que evoluciona la situación de la empresa o se producen cambios en la estructura organizativa, funciones, prácticas o procesos.

39. Con relación a los trabajadores con discapacidad ¿la evaluación y planificación de la actividad preventiva ha de tomar en consideración su especial condición subjetiva?

Sí.

La obligación de evaluación de riesgos laborales debe realizarse, en primera instancia, sobre el **puesto de trabajo** y en relación, por tanto, con los riesgos que de forma objetiva y abstracta presente en la actualidad dicho puesto.

La atención a la persona del trabajador y no a su puesto, no se toma en consideración, por tanto, en el momento de evaluar los riesgos, sino **en el momento de seleccionar las medidas de protección y equipos de trabajo y a la hora de diseñar el modelo de vigilancia de la salud, a fin de preservar que las condiciones de trabajo y riesgos inevitables propios del puesto de trabajo, no impacten sobre la salud del trabajador, aspecto especialmente importante con respecto a los denominados trabajadores sensibles**.

Esto es, **la evaluación no es de la persona que ocupa el puesto, sino del puesto en sí.** Y en el marco de la evaluación de los puestos de trabajo deberán considerarse todas las circunstancias biológicas y personales de los trabajadores, actuales o potenciales, que puedan ocupar u ocupen el puesto de trabajo, al objeto de verificar que no pueda existir ninguna incompatibilidad entre las condiciones y características del puesto y el estado o características personales del trabajador que, eventualmente pueda ocuparlo.

A.2. Información y formación

40. ¿Sobre qué aspectos debe el empresario informar a los trabajadores/representantes de los trabajadores?

En la medida en que el derecho a la información es un derecho instrumental al servicio de la política de prevención, parece claro que el alcance de dicho derecho se debe extender, con carácter general, a los siguientes elementos:

1. Toda la información correspondiente a los riesgos para la seguridad y salud, y medidas y actividades preventivas y de protección.
2. Medidas a adoptar en casos de emergencia, como primeros auxilios, lucha contra incendios y medidas de evacuación.

En particular, y con respecto a aquellos trabajadores que desempeñen funciones específicas en materia de prevención, debe exigirse al empresario que facilite toda la documentación relativa a: 1) evaluación de riesgos y medidas de protección; 2) lista de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; 3) información procedente tanto de las actividades de protección y de prevención, así como de los servicios de inspección y organismos competentes para la seguridad y salud.

41. Con relación a los trabajadores con discapacidad ¿la información que en materia preventiva deben recibir normalmente será de la misma entidad y contenido que la de un trabajador sin discapacidad?

No.

La norma impone una **obligación finalista**, como es que el **trabajador sea informado** de manera adecuada en materia de prevención de riesgos laborales y normalmente el contenido de la información que ha de recibir el trabajador con discapacidad ha de tener en cuenta dicha circunstancia con relación tanto a la **comprensión de los riesgos** de su puesto de trabajo y de las, eventualmente, **singulares medidas de prevención** aplicables, cómo, también, de las particularidades que puedan existir relativas a las medidas a adoptar en casos de emergencia, como primeros auxilios, lucha contra incendios y medidas de evacuación.

42. ¿El deber de formación a los trabajadores, queda circunscrito a aquéllos que desempeñan funciones específicas relacionadas con la prevención de riesgos laborales?

No.

El objetivo básico de la política formativa en materia de prevención de riesgos laborales es **garantizar que los trabajadores tengan los conocimientos básicos para que puedan protegerse al máximo de los riesgos inherentes al puesto de trabajo y, en general, al desempeño de la actividad laboral**.

Es por ello, que una primera dimensión de este deber de formación, tiene un alcance general, que comprende a todos los trabajadores de la organización, con independencia de que tengan asignadas competencias o responsabilidades específicas en la materia.

En una segunda dimensión, resulta evidente que **los trabajadores no podrán ser destinados al desempeño de funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales o no podrán asumir responsabilidades en el marco de la política de protección de la salud en la empresa, sin haber recibido la capacitación suficiente**.

43. ¿Es el empresario quien debe ejecutar materialmente dicha formación?

No.

El empresario es simplemente el responsable último de la capacitación de sus trabajadores. No existe, por tanto, el deber de que sea éste el encargado material y directo de desarrollarla, sino que puede desempeñarla él (personalmente o a través de servicios propios), si dispone de los niveles de cualificación necesarios, o puede externalizarla para que la realicen servicios ajenos, debidamente acreditados (art. 19.4° LPRL).

44. ¿En qué momento debe impartirse la formación?

El legislador, en lógica con la naturaleza dinámica de la política preventiva, dispone que el trabajador disponga de la formación necesaria en función del momento en que ésta lo sea. En este sentido, es evidente que **antes de la incorporación al puesto de trabajo**, debe haber sido formado en todos aquéllos aspectos que permitan evitar los riesgos laborales inherentes al puesto, con total independencia del vínculo temporal o indefinido, o la naturaleza ordinaria o especial de la relación laboral.

Igualmente, dicha formación deberá actualizarse en el momento en que se produzcan **cambios en las funciones**, se introduzcan **nuevos métodos de trabajo o nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo**, con independencia de que estos cambios sean o no susceptibles de generar riesgos graves.

Una vez que la empresa ha facilitado dicha formación y que el empresario ha verificado su efectiva adquisición por parte de los trabajadores, no existe obligación alguna de repetirla periódicamente, excepto: 1) con respecto a los trabajadores que ingresen de nuevo en la organización; 2) cuando valore la necesidad de volverla a impartir por haber observado determinadas conductas de imprudencia leve o porque considere que no se aplican bien las medidas preventivas; o 3) en supuestos de especial peligrosidad.

45. ¿Los trabajadores están obligados a asistir a los cursos de formación en materia de prevención?

Sí.

De acuerdo con lo previsto en el art. 19 de la LPRL, la actividad formativa se instrumenta como uno de los ejes vertebradores de la política preventiva. Desde esta perspectiva, toda aquella formación dirigida a instruir sobre los riesgos derivados del puesto de trabajo y sobre las medidas de prevención a adoptar, se convierte en **obligación para el empresario y, por derivación, en obligación del trabajador**, una vez éste ha recibido instrucciones claras en este sentido.

Una negativa del trabajador a participar en estos cursos o su falta de asistencia injustificada, podría –consiguientemente- ser sancionada por el empresario, en virtud de los poderes de dirección que con carácter general le otorga el art. 20 del ET.

46. Con carácter general ¿puede impartirse la formación fuera del horario habitual del trabajador? ¿En caso de que se realice dentro del horario, el empresario puede obligar a recuperar las horas no trabajadas?

No y Sí, respectivamente.

Con carácter general, se impone al empresario el deber de facilitar dicha formación durante la jornada laboral y en horario laboral. Esto es, en la medida en que se considera que es una formación imprescindible para el desempeño de la actividad laboral, quien tiene que asumir su coste temporal es el empresario y no el trabajador, de manera que aquél no podría imponer la obligación de recuperar la horas invertidas en formación, ni exigir niveles de productividad mayores, a fin de compensar la reducción de horas de trabajo "productivas".

En cualquier caso, **es posible** que por problemas de disponibilidad de los formadores, por la necesidad de contar con medios materiales o instalaciones de terceros, o para garantizar la presencia de todos los trabajadores interesados en una acción formativa, dicha formación deba llevarse a cabo fuera del horario habitual de todos o algunos de los trabajadores participantes. En este caso, **el empresario deberá facilitar los mecanismos de compensación de la jornada, con tiempos equivalentes de descanso retribuido.**

47. ¿En caso de que la formación deba llevarse a cabo fuera de las instalaciones de la empresa, quien deberá asumir los gastos de desplazamiento y manutención, si se producen?

De acuerdo con el principio según el cual es el empresario quien debe asumir los costes económicos de la actividad preventiva (art. 14.5° y 19.2° in fine), es éste y nunca el trabajador quien deberá hacerse cargo de tales gastos, sin perjuicio de que previamente pueda haberlos avanzado el trabajador.

48. Con relación a las personas trabajadoras con discapacidad ¿la formación que en materia preventiva deben recibir normalmente será de la misma entidad y contenido que la de un trabajador/a sin discapacidad?

No.

Nuevamente, la norma impone una **obligación finalista**, como es que el **trabajador sea formado** de manera adecuada en materia de prevención de riesgos laborales y normalmente el contenido de la formación que ha de recibir el trabajador con discapacidad ha de tener en cuenta dicha circunstancia

con relación tanto a la **comprensión de los riesgos** de su puesto de trabajo y de las, eventualmente, **singulares medidas de prevención** aplicables, como, también, de las particularidades que puedan existir relativas a las medidas a adoptar en casos de emergencia, como primeros auxilios, lucha contra incendios y medidas de evacuación

B. Vigilancia de la salud y personas trabajadoras con discapacidad

49. ¿Cómo puede determinar el empresario que una persona trabajadora presenta alguna discapacidad y es, además, un TES?

Hemos de partir de la premisa de que **lo que no es conocido no se puede gestionar ni**, por tanto, **prevenir,** de modo que para que nazca la obligación empresarial de especial protección respecto de determinados trabajadores es preciso que el empresario conozca esa especial sensibilidad derivada de las características personales, estado biológico conocido o discapacidad, debiéndose comprender dentro del concepto de "discapacidad", como ya se avanzó, no sólo la discapacidad reconocida sino toda enfermedad incurable o curable que acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional y es de larga duración (STJUE de 11 de abril de 2013 [**asunto Ring**]).

Sin embargo, **la normativa no especifica qué mecanismos se pueden utilizar para acceder a esa información,** aspecto especialmente sensible en la medida en que puede afectar el derecho a la **intimidad de las personas trabajadoras.**

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

50. En la LPRL ¿se prevé de manera expresa la obligación empresarial de vigilar la salud de los trabajadores, incluidos los TES?

Sí.

El primer apartado del artículo 22 de la LPRL dispone de manera clara que *"el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo".*

En otras palabras, **es del todo incuestionable que la normativa española**, a la luz de lo dispuesto en la normativa comunitaria ya analizada, **establece un claro deber empresarial de vigilar el estado de**

salud de los trabajadores en función, se dice de manera expresa, "*de los riesgos inherentes al trabajo*".

Desde esta configuración**, la vigilancia de la salud se articula como una de las piezas clave en la política preventiva de la empresa**, adquiriendo consiguientemente la categoría de verdadero deber para el empresario. Ello supone, de un lado, la existencia – como se analizará seguidamente - de un correlativo derecho para el trabajador, pero también de un deber de someterse a aquellas pruebas que sean pertinentes e indispensables para verificar que el estado de salud del trabajador no pone en riesgo la salud de terceras personas vinculadas a la empresa, o su propio bienestar psicofísico en relación con los riesgos derivados del trabajo.

Como precisa la **NTP 959 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo,** la vigilancia de la salud se configura en estos casos como el "*instrumento indispensable que permite considerar singularmente al trabajador y detectar aquellas características personales o estado biológico conocido que pueda suponerle una especial vulnerabilidad a los factores de riesgo existentes en su puesto de trabajo futuro o actual. El conocimiento o detección de una condición física, mental o sensorial en un trabajador o trabajadora por parte de la unidad de medicina del trabajo requerirá de una evaluación de riesgos adicional, ajustada a dicha especial sensibilidad, tanto objetiva como subjetiva para determinar si es necesaria (o no) la tutela reforzada".*

Precisa igualmente la citada NTP 959 que es conveniente disponer de un listado de condiciones o características individuales que pueden suponer una especial sensibilidad para todos y cada uno de los riesgos detectados en la evaluación de riesgos de la empresa.

51. El empresario ¿está obligado a vigilar la salud de los TES en relación con riesgos no laborales?

No.

Desde una perspectiva legal, el empresario no está obligado ni a realizar ni a ofrecer al trabajador la vigilancia de la salud vinculada a riesgos no derivados del trabajo.

La anterior afirmación no impide que, ya sea de manera unilateral, ya sea porque así se haya pactado con los representantes de los trabajadores (en convenio colectivo o en un acuerdo colectivo), el empresario se comprometa a realizar actuaciones de vigilancia de la salud de los trabajadores no relacionadas con los riesgos derivados del trabajo. En tal caso, la conducta empresarial deberá conceptuarse como **promoción de la salud y no propiamente como vigilancia de la salud laboral de los trabajadores**.

En este punto, cabe destacar que son numerosos los convenios colectivos que, como medida de acción social, promueven la realización (=ofrecimiento) de reconocimientos médicos ligados a la promoción de la salud de los trabajadores, cuya realización por parte de los mismos es siempre voluntaria.

52. Desde la perspectiva de la normativa española, ¿cómo se conceptúa la vigilancia de la salud de los trabajadores?

La **NTP 959**, sobre vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales, la define como *"la recogida sistemática y continua de datos acerca de un problema específico de salud; su análisis, interpretación y utilización en la planificación, implementación y evaluación de programas de salud."*

Más en concreto, en el ámbito de la salud laboral, la citada NTP dispone que *"esta vigilancia se ejerce mediante la observación continuada de la distribución y tendencia de los fenómenos de interés que no son más que las condiciones de trabajo (factores de riesgo) y los efectos de los mismos sobre el trabajador (riesgos)".* Además, se concreta que existen dos tipos de objetivos: los individuales y los colectivos. Los primeros están relacionados con la persona "vigilada" y los segundos con el grupo de trabajadores.

53. . ¿Cuáles son las finalidades que debe cumplir la vigilancia de la salud de los trabajadores?

La citada NTP 959 dispone que son tres los objetivos de la vigilancia de la salud a nivel individual:

- ✓ la **detección precoz** de las repercusiones de las condiciones de trabajo sobre la salud,
- ✓ **la identificación de los trabajadores especialmente sensibles a ciertos riesgos**,
- ✓ y, finalmente, la **adaptación de la tarea al individuo**.

B.1. Distinción conceptual: vigilancia de la salud y reconocimientos médicos

54. En el artículo 22 LPRL ¿se diferencia entre vigilancia de la salud y reconocimientos médicos?

No.

El artículo 22 de la LPRL establece en primera instancia el deber empresarial de garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores, y sólo se habla de los reconocimientos médicos más adelante, con ocasión del establecimiento del carácter voluntario de los mismos, como regla general.

55. ¿Es posible diferenciar entre vigilancia de la salud y reconocimientos médicos?

Sí.

Reconocimiento médico equivale a examen de salud y consiste en **observar o analizar distintos aspectos de una persona para determinar si goza de buena salud o sufre algún tipo de alteración**.

Vigilancia de la salud no es exactamente lo mismo. Vigilar significa estar atentos para evitar que ocurran cosas indeseadas; uno vigila un local para evitar robos o vigila al niño para que no se caiga. Vigilar la salud de los trabajadores es, pues**, estar atentos para evitar que ésta se vea dañada por las condiciones de trabajo**.

Dicha vigilancia se puede llevar a cabo mediante reconocimientos médicos o exámenes de salud. Esto es lo más usual, pero es sólo una de las formas posibles. Hay otras, por ejemplo, encuestas de salud, controles biológicos, estudios de absentismo, estadísticas de accidentes, etc. Todo lo que aporte información sobre la salud de los trabajadores puede convertirse en un instrumento de vigilancia.

B.2. Reconocimientos médicos voluntarios. La voluntariedad para las personas trabajadoras como regla general

56. Con relación a los reconocimientos médicos vinculados a los riesgos derivados del trabajo, ¿el TES está obligado a someterse a ellos?

Con carácter general**, no.**

Como regla general, el legislador establece que los **reconocimientos médicos sólo** podrán llevarse a cabo cuando el **trabajador preste su consentimiento**, de modo que, en principio, el sometimiento a las pruebas médicas no sería obligatorio.

Sin embargo, el artículo **22 de la LPRL exceptúa** del principio de voluntariedad **tres supuestos** en los que sí será obligatorio para el trabajador someterse a una vigilancia periódica de la salud:

- El primer supuesto viene referido a las situaciones en que los reconocimientos médicos **sean imprescindibles** para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.

  Como puntualiza la **NTP 959**, la indispensabilidad de la vigilancia vendrá delimitada por el riesgo y por **la inevitabilidad de la medida por no existir otro procedimiento para conseguir información sobre la magnitud del riesgo y su grado de incidencia en la salud del trabajador**.

  Podría incluirse en este supuesto el caso en que la vigilancia de la salud sea indispensable para realizar evaluaciones colectivas que permitan agrupar datos básicos para la adopción de medidas preventivas para el conjunto de los trabajadores.
- En segundo lugar, estaríamos ante el supuesto de que sea necesario **verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa**.

  En este punto la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social considera que "*si se aprecian alteraciones de la conducta que se proyectan en el ámbito de la actividad laboral, el reconocimiento médico podrá imponerse, cuando, no pudiendo hacerse por otros medios, resulte absolutamente imprescindible para averiguar la causa de tal alteración, y con el fin de adoptar las medidas de protección de la salud del propio trabajador (medidas terapéuticas) y de protección de otros trabajadores así como de las personas relacionadas con la empresa (cambio de puesto de trabajo considerando los riesgos inherentes al mismo; cambio de algunas tareas, etc.)*."

  De conformidad con **la NTP 959**, esta excepción requiere la existencia de un **peligro real** para el trabajador o para terceros que pueda ser evitado con dicho reconocimiento y que, en el caso de riesgo para terceros, es de tal gravedad que se sitúa por encima del derecho individual del trabajador.
- En tercer y último lugar, cuando así lo establezca alguna disposición normativa, en atención a la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Un supuesto normalmente, aunque no únicamente, identificado con las **enfermedades profesionales**.

  En relación con este tercer y último supuesto, y a expensas de lo que se dirá con relación a las enfermedades profesionales, interesa señalar que existen numerosas disposiciones normativas específicas en materia de vigilancia de la salud según riesgos específicos. Así, y sin ánimo de exhaustividad, destacamos las siguientes:
  - En el caso de los trabajadores nocturnos, cuando se observen alteraciones en su salud por prestar sus servicios en este horario atípico (art. 37.3.b) RSP).
  - En el caso de que el trabajador esté expuesto a determinadas sustancias o agentes:
    - RD 1316/1989, de 27 de octubre, sobre protección contra los riesgos del ruido en el trabajo,

- RD 487/1997, de 14 de abril, sobre vigilancia de la salud de trabajadores dedicados a la manipulación manual de cargas,
- RD 488/1997, de 14 de abril, para los trabajadores que operen con pantallas de visualización,
- RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre trabajadores expuestos a agentes biológicos,
- RD 667/1997, de 12 de mayo, sobre exposición a agentes cancerígenos,
- O finalmente, RD 783/2001, de 6 de julio, para la protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

Igualmente, y por lo que respecta a la imposición legal de los reconocimientos médicos, debe tomarse en consideración que la **normativa en materia de sanidad pública**, impone coercitivamente el **deber de someterse** a dispositivos de control de la salud, en los **supuestos en los que aparezcan manifestaciones de enfermedades graves infecciosas de rápida transmisión**. Situaciones en las que preceptivamente deben activarse una serie de protocolos públicos a través de los que se controlará a todos aquéllos que pudieran haber tenido contacto con el foco de infección.

En todo caso, conviene tener presente la importante Sentencia del **Tribunal Constitucional núm. 196/2004**, de 15 de noviembre, en la medida en que delimita los contornos de la voluntariedad/obligatoriedad de los reconocimientos jurídicos. Así, el Tribunal Constitucional establece que:

*"(…) los reconocimientos médicos obligatorios únicamente están habilitados por la Ley cuando concurran una serie de notas, a saber: la **proporcionalidad al riesgo** (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la **indispensabilidad de las pruebas** (por acreditarse* ad casum *la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la **presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable** (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador.*

*Consecuentemente, **los límites legales** (las excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad, previstos en el art. 22.1, párrafo segundo, LPRL) **quedan vinculados o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad** (pues es obvio que existen empresas y actividades sensibles al riesgo y por tanto trabajadores especialmente afectados por el mismo).*

La obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable*, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión.*

(…) Tanto las previsiones del art.25 LPRL (trabajadores especialmente sensibles) como del artículo 196 LGSS (enfermedades profesionales) están inspiradas en la existencia de un riesgo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo. De manera que la potencial afectación en la intimidad personal del trabajador - de tener que someterse conforme a la Ley, en su caso, a pruebas y controles médicos como condición para el acceso o el mantenimiento del puesto de trabajo- sólo podrá encontrar fundamento en la evaluación o identificación de tales patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo. Esto es, en la misma línea apuntada en el fundamento anterior, se vulneraría la intimidad personal si la obtención de datos pertenecientes a la privacidad del trabajador descansase en una utilización extensiva de esas habilitaciones legales, sustituyendo la finalidad de la norma hasta hacer impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Todo lo cual nos lleva a advertir de la ***necesidad de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con dichas previsiones legales****, haciendo posible ese tipo de reconocimientos obligatorios, así como a excluir las imposiciones indiscriminadas de un control médico tendente a la evaluación psicofísica de los trabajadores con base en dichos preceptos.*

El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar*. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. Un derecho que sólo puede venir restringido por las excepciones enunciadas, con los requisitos y límites mencionados. En suma, la regla es -y la regla tiene una clara base constitucional a tenor de la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y derechos fundamentales como el de la intimidad personal- la conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo".*

57. ¿Cuál es la regulación actual sobre enfermedades profesionales?

El **artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social** define el concepto de "enfermedad profesional" como toda aquella enfermedad "contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional."

El referido listado se encuentra en el **RD 1299/2006,** habiendo sido elaborado por el subgrupo técnico de la Administración del Estado creado al efecto, siguiendo la recomendación 2003/670/CE de la Comisión Europea.

Este listado se estructura en base a los 6 grandes apartados siguientes:

- ✓ Grupo 1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos.
- ✓ Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos.
- ✓ Grupo 3: Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos.
- ✓ Grupo 4: Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.
- ✓ Grupo 5: Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados.
- ✓ Grupo 6: Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos.

58. ¿Existe la obligación empresarial de realizar reconocimientos médicos en aquellos puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional?

Sí.

El artículo 196.1 de la LGSS dispone que:

"1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales."

59. ¿Existe la obligación del TES de someterse a un reconocimiento médico en aquellos puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional?

Sí.

El artículo 196 de la LGSS en su apartado segundo dispone que:

"Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, a quien abonará aquélla, si a ello hubiera lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda dejar de percibir."

60. En caso de que el TES se niegue a someterse a un reconocimiento médico en aquellos casos en los que su realización es obligatoria (imagínese, enfermedad profesional), ¿es posible que el empresario proceda a sancionarle?

Sí.

En los supuestos en los que los reconocimientos médicos se ajusten a las previsiones del art. 22 LRPL, la facultad de requerir obligatoriamente el sometimiento a las pruebas médicas es una manifestación más del poder legítimo de organización y dirección empresarial.

De conformidad con ello, y como se analizará detalladamente más adelante, **una negativa injustificada constituye un acto de desobediencia que, en función de su intensidad, de la forma en que se manifieste y de su persistencia, permite activar el poder disciplinario del empresario**, tal y como se establece en el artículo 29 LPRL, 54 y 58 del ET.

En todo caso, debe prestarse especial atención a aquellos supuestos en los que puedan existir dudas razonables sobre la idoneidad del reconocimiento médico o de algunas de las pruebas que lo integran. En estos casos**, el empresario debería, antes de accionar cualquier medida sancionadora, asegurar las razones que llevan al trabajador a negarse y, en su caso, reforzar las medidas de información desde las que justificar inequívocamente la obligatoriedad de la medida**. Sólo en estos casos, existirán garantías plenas sobre la procedencia de la sanción a imponer.

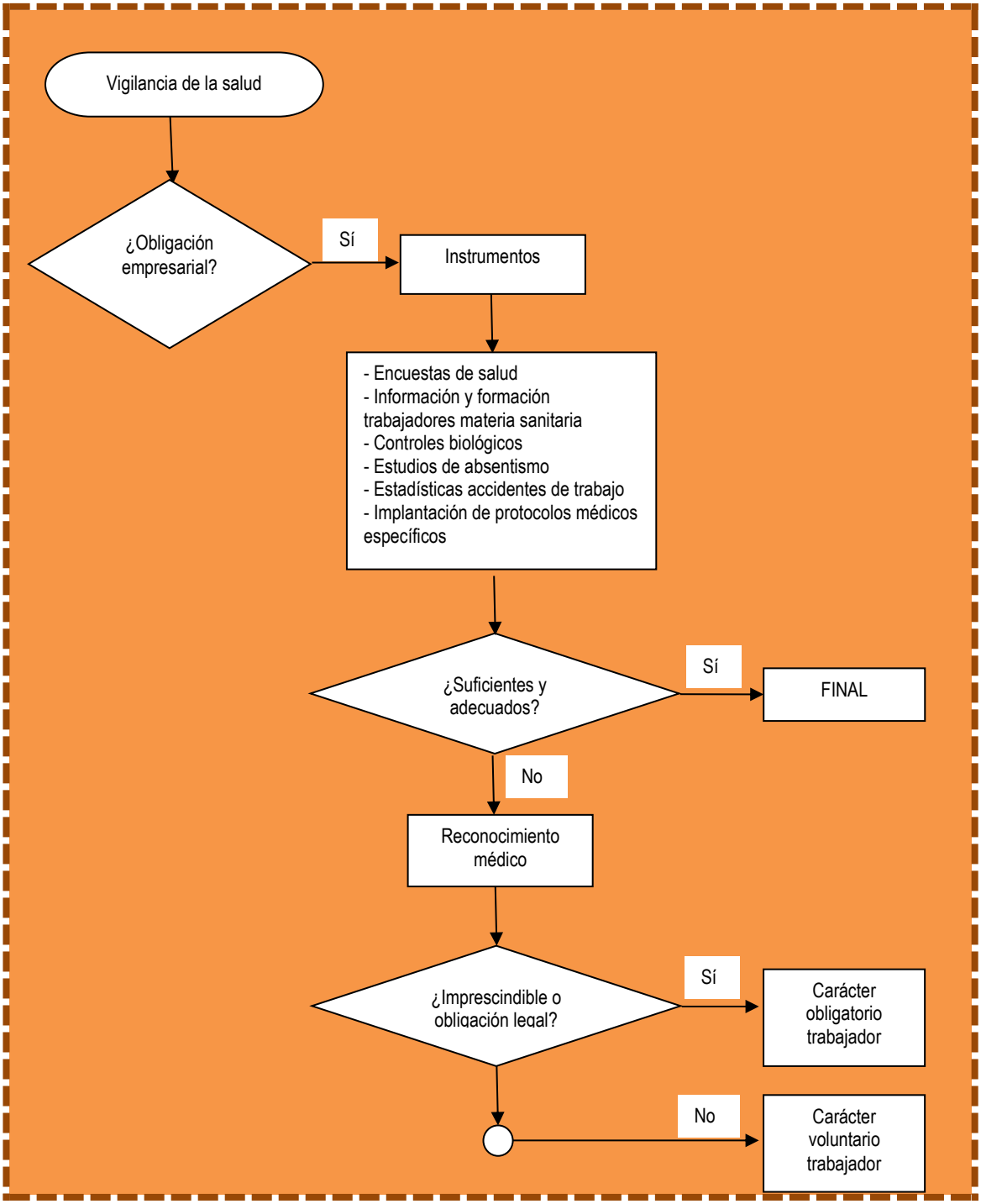
De nuevo en este punto, cobra una importancia decisiva lo que al respecto pueda haberse pautado en **la negociación colectiva**, en los protocolos de actuación o en los códigos de conducta existentes en la empresa.

61. En conclusión, ¿cómo se ha de interpretar el carácter generalmente voluntario pero en determinadas circunstancias obligatorio de los reconocimientos médicos dispuesto en el artículo 22 de la LPRL?

En nuestra opinión, y a pesar de la escasa claridad conceptual del artículo 22 de la LPRL, la relectura que proponemos del citado precepto legal pasa por las siguientes premisas:

- ✓ La vigilancia de la salud de los trabajadores, esto es, *"el control y seguimiento del estado de salud de los trabajadores con el fin de detectar signos de enfermedades derivadas del trabajo y tomar las medidas para reducir la probabilidad de daños o alteraciones posteriores de la salud",* tiene carácter obligatorio para el empresario, del mismo modo que el resto de disciplinas preventivas (seguridad en el trabajo, ergonomía y psicosociología aplicada e higiene industrial).
- ✓ Dicha vigilancia se puede llevar a cabo mediante encuestas de salud, información y formación de los trabajadores en materia sanitaria, controles biológicos, estudios de absentismo, estadísticas de accidentes de trabajo, reconocimientos médicos, implantación de protocolos médicos específicos o, en fin, a través de cualquier instrumento que aporte información sobre la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo
- ✓ El **reconocimiento médico**, en cuanto examen de salud del trabajador, en la medida en que incide o afecta a su intimidad corporal y personal, **sólo podrá llevarse a cabo sin su consentimiento cuando sea imprescindible para evaluar** los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o, finalmente, cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Consiguientemente, la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable. Se requiere, por tanto, **la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.**
- ✓ El **reconocimiento médico en la relación laboral no puede ser el instrumento común o generalizado del empresario para un control de la salud de los trabajadores**, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar.
- ✓ En aquellos **casos en que nos encontremos ante reconocimientos médicos que no resulten imprescindibles**, al poder obtenerse la información a través de otro método o mecanismo menos invasivo de la intimidad o en aquellos casos en que el reconocimiento médico esté vinculado a riesgos no inherentes al trabajo, tendrá **carácter voluntario** para empresa y para trabajador.

Véase el diagrama de flujo en materia de vigilancia de la salud y reconocimientos médicos que se presenta a continuación:



62. ¿Diferencia la normativa preventiva entre distintos tipos de reconocimientos médicos en función del momento en que se pretenden llevar a cabo?

No.

La normativa preventiva no traza expresamente una distinción entre distintos tipos de reconocimientos médicos en función del momento en que se pretenden efectuar. Sin embargo, es lo cierto que, de esa normativa en cuestión, puede desprenderse fácilmente la siguiente tipología:

- **Reconocimientos médicos previos a la contratación**

Téngase en cuenta que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 196 de la Ley General de Seguridad Social, **todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos**. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, no pudiendo contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo.

Cabe puntualizar, en todo caso, que, salvo los supuestos de puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, **los reconocimientos médicos previos a la contratación deben ser, en nuestra opinión, excepcionales**, habida cuenta de que, en tales casos, se pone en juego no sólo el derecho a la intimidad del trabajador sino también su derecho al empleo – art. 35.1 CE -, esto es, a obtener un trabajo, siendo éste uno de los momentos – el del acceso al empleo - en que el trabajador resulta más vulnerable al disponer de nulo o escaso poder de negociación.

Con todo, sí parece justificada la exigencia de reconocimiento médico previo para el acceso a determinados puestos de trabajo que entrañan riesgos o peligros ciertos y objetivables para terceros o para los propios trabajadores. Es el caso, por ejemplo, **del puesto de conductor/a de metro**.

Ejemplo de reconocimiento médico obligatorio previo al acceso al trabajo. STSJ de Madrid, de 2 de noviembre de 2010, rec. núm. 2922/2010
Hechos: Mediante comunicación de 7 de agosto de 2008, se participó al trabajador por la Dirección de recursos humanos de una empresa de transportes que, como resultado del reconocimiento médico practicado, ha sido declarado no capacitado para el desempeño de los puestos de trabajo de conductor y ayudante de oficio por no cumplir los requerimientos psicofísicos establecidos en el profesiograma de dicha categoría, de modo que se consideraba al trabajador no apto para participar en el curso para acceso al puesto de trabajo de Agente de conductor/ayudante eléctrico electrónico. Asimismo mediante comunicación de 11 de agosto de 2008 se le participó que presenta una disminución de los niveles auditivos en frecuencias agudas, compatible con trauma acústico, que resulta incompatible con los requisitos de actitud psicofísica para los puestos de referencia.
Cuestión a debate: La principal cuestión que se plantea reside en determinar la procedencia del reconocimiento médico obligatorio previo al acceso al empleo, habiéndose defendido por parte del trabajador que la obligatoriedad de tal reconocimiento no sólo vulnera las previsiones del artículo 25 LPRL sino también el derecho al empleo del trabajador (art. 35.1 CE), pues debería haber sido admitido al trabajo para, una vez realizadas las correspondientes pruebas previas, acceder a un puesto de trabajo con las adaptaciones necesarias para hacer frente a su especial

sensibilidad.
Fundamentos jurídicos: El planteamiento resulta insostenible por la elemental razón de que precisamente para salvaguardar la salud de quienes aspiren al puesto de trabajo no se vean perjudicados por el ejercicio de una actividad que es incompatible con la patología padecida, de ahí el sentido del reconocimiento médico previo y excluyente que debe de practicarse cuyo resultado se condiciona el efectivo acceso al puesto. Si se compartiera la tesis del trabajador recurrente, en ningún caso tendría sentido ni razón de ser tal prueba médica, siendo suficiente con que, detectado el déficit de salud incompatible con el trabajo, se adoptaran medidas preventivas y de protección, dando lugar de esta forma al ingreso en la empresa de cualquier persona con capacidad o aptitud mermada, actuación que sería contraria al derecho sancionado en la norma citada en el motivo (art. 25 LPRL), pues el objetivo que se persigue con el reconocimiento médico es prevenir la eventualidad de los riesgos para la salud y la integridad física del interesado y de terceros, así como la seguridad en el trabajo, y no admitiendo la inmediata materialización de dichos riesgos, implantando después las medidas para evitarlos, que es el fin al que responde el sistema de la comprobación de la aptitud acordado en la empresa, traducido en evitar la incorporación al puesto de quien puede ser víctima de aquellos elementos hostiles para la integridad física producidos en el desempeño del trabajo. Se invoca también como infringido el art. 35.1 de la CE. Según entiende el trabajador, la resolución que recurre ha vulnerado el derecho que tal norma constitucional sanciona por no haber sido admitido para, una vez realizadas las correspondientes pruebas previas, acceder a un puesto de trabajo. No son cuestionados los presupuestos regulados por la empresa demandada para proceder a la contratación de trabajadores que van a ser destinados a un determinado puesto-cumpliendo las previsiones del convenio colectivo empresarial-entre ellos el de superar el reconocimiento médico de los candidatos, seguido, si se supera, de un curso de formación. Es indudable que con estas prácticas selectivas se dejan cumplidos criterios de objetividad según la aptitud de los aspirantes al puesto, con más razón y fundamento, sin duda, que mediante una contratación *ad nutum* sin conocer antes la capacidad de los mismos.

- ✓ **Reconocimientos tras la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos** para la salud (trabajadores nocturnos y otra normativa específica).
- ✓ *Reconocimientos médicos periódicos*, en atención a los riesgos específicos derivados del trabajo asignado o de las características personales o estado biológico de los trabajadores.

  La periodicidad resultará variable y deberá ser determinada por la unidad de medicina del trabajo que asuma la vigilancia de la salud o, en su caso, por una legislación específica que así lo exija.
- ✓ **Reconocimientos tras una ausencia prolongada por enfermedad**, en función de las características personales y del puesto de trabajo.
- ✓ **Reconocimientos médicos post-ocupacionales** (enfermedades profesionales).

63. En relación con los reconocimientos médicos no vinculados a los riesgos inherentes al trabajo, ¿el TES está obligado a someterse a ellos?

No, en ningún caso, su realización es voluntaria.

Desde una perspectiva legal, el empresario no está obligado ni a realizar ni a ofrecer al trabajador la vigilancia de la salud que no se vincule con riesgos derivados del trabajo.

Lo anterior no impide que, ya sea de manera unilateral, ya sea porque así se haya pactado con los representantes de los trabajadores (en convenio colectivo o en un acuerdo colectivo), el empresario se haya comprometido a realizar actuaciones de vigilancia de la salud de los trabajadores que, por no estar relacionadas con los riesgos derivados del trabajo deban conceptuarse como promoción de la salud y no como vigilancia de la salud laboral de los trabajadores.

En este punto es preciso destacar que son numerosas las previsiones convencionales (convenios colectivos) que promueven la realización (=ofrecimiento) de reconocimientos médicos ligados a la promoción de la salud de los trabajadores, cuya realización por parte de los trabajadores es siempre voluntaria.

64. ¿A qué información médica puede tener acceso el empresario?

De conformidad con el artículo 22 de la LPRL, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados **únicamente de las conclusiones** que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

65. ¿El empresario puede tener acceso a la información médica personal del trabajador?

No.

Únicamente si el trabajador ha expresado su consentimiento al respecto.

66. ¿Qué intervención tienen los representantes de los trabajadores/delegados de prevención en materia de vigilancia de la salud de los TES y reconocimientos médicos?

El artículo 22 de la LPRL exige que, con carácter previo a determinar la **obligatoriedad de un reconocimiento médico** para los trabajadores, deberá obtenerse un **informe previo** de los representantes de los trabajadores.

De este modo, es evidente que los representantes de los trabajadores asumen cierto control sobre esta materia, hecho que les ha de permitir, una vez dispongan de toda la información necesaria, de un lado, verificar la pertinencia o adecuación de las pruebas médicas y, de otro, articular mecanismos o protocolos de actuación desde los que gestionar una buena praxis empresarial y que pueden tener un enclave en la negociación colectiva.

De hecho, esta actuación de control adquiere una importante función preventiva, que hace posible evitar conflictos o litigios individuales en supuestos en los que el trabajador se niegue a someterse al reconocimiento médico o a algunas de sus pruebas.

El incumplimiento por parte del empresario de este deber, como se analizará más adelante, se tipifica como una infracción administrativa grave.

No obstante lo anterior, en algunas ocasiones los convenios colectivos disponen de una intervención de mayor entidad bien de los representantes de los trabajadores, bien del Comité de Seguridad y Salud laboral.

C. Personas trabajadoras con discapacidad y medidas preventivas: *iter* preventivo

C.1. Sobre el deber de adaptación del puesto de trabajo

67. Con carácter general ¿la normativa impone al empresario el deber de adaptar el puesto de trabajo a las características del TES?

Sí.

Partiendo de uno de los principios básicos de la acción preventiva como es el de adaptación del trabajo a la persona (art. 15.1. d) LPRL), así como de las propias previsiones del artículo 25 de LPRL, que obligan al empresario a adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias en función de la especial sensibilidad de los trabajadores, incluyendo la no adscripción de los mismos a aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro, parecería obligado concluir que **la normativa preventiva impone al empresario la obligación de adaptar la condiciones de trabajo o, de no ser posible, cambiar las funciones o cambiar de puesto de trabajo a las personas trabajadoras especialmente sensibles.**

68. ¿Nuestros órganos judiciales tienen una posición de estricta exigencia del cumplimiento de dicho deber de adaptación?

No, rotundamente no.

A falta de doctrina jurisprudencial unificada sobre la materia (la Sala de lo Social del **Tribunal Supremo** no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular), conviene destacar que **la doctrina de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia en la interpretación del *iter* preventivo a seguir por el empresario en los casos de TES, en general, y de trabajadores con discapacidad, en particular, no es pacífica**.

En efecto, el análisis de los pronunciamientos judiciales nos advierte de la existencia de **dos grandes líneas de tendencia** en la doctrina judicial.

- ✓ La primera línea de tendencia considera que, a lo sumo, el **art. 25 LPRL impone al empresario la mera adaptación, de ser posible, de las condiciones de trabajo** ligadas al puesto de trabajo desarrollado por la persona trabajadora, **así como la no adscripción temporal del trabajador a puestos de trabajo que resulten incompatibles con su estado de salud o que pongan en riesgo la salud de terceros**.

  Esta línea de tendencia interpretativa **niega**, en cambio, que el citado precepto legal **imponga al empresario un cambio de puesto de trabajo o de funciones, salvo que así se prevea en convenio o pacto colectivo o individual**.
- ✓ La otra línea interpretativa seguida a nivel judicial considera que el **art. 25 LPRL** impone también al empresario el cambio de puesto de trabajo, de ser éste técnica y objetivamente posible, cuando la adaptación de las condiciones de trabajo no sea posible o suficiente para evitar los riesgos.

  Se trata, por tanto, de **dos interpretaciones del artículo 25 LPRL antagónicas**, sin que, hasta la fecha, podamos hablar claramente de una doctrina judicial mayoritaria en un sentido o en otro.

69. ¿Existe una tendencia en los últimos años en los pronunciamientos judiciales sobre este debate?

Sí.

En los **tres últimos años, parece abrirse paso con mayor fuerza la tesis interpretativa que considera que el empresario debe adoptar todas las medidas preventivas a su alcance, incluyendo, en su caso, el cambio de puesto de trabajo**.

70. En caso de que el TES sea una persona con una discapacidad, ¿existe una posición más clara de los órganos judiciales?

Sí, a nivel comunitario, sin duda.

Tratándose de **personas trabajadoras con discapacidad**, la última sentencia del TJUE, en interpretación de la **Directiva 2000/78/CE**, ha supuesto un **importantísimo giro jurisprudencial** que habrá de ser necesariamente acogido por nuestros juzgados y tribunales.

En efecto, y como se avanzó, el **asunto Ring** (STJUE de 11 de abril de 2013) viene a ampliar considerablemente el concepto de "persona con discapacidad", en línea con la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, y esta ampliación encierra una trascendental repercusión en la medida en que, de conformidad con la Directiva 2000/78/CE**, el empresario estará obligado a llevar a cabo "ajustes razonables" respecto de todas las personas con discapacidad, entre otros ámbitos, sobre las condiciones de trabajo, incluyendo la reducción del tiempo de trabajo.**

Desde esta perspectiva, y pese a la aparente dicción restrictiva del artículo 25 LPRL, **el empresario deberá adaptar las condiciones de trabajo y, llegado el caso, cambiar de puesto de trabajo a la persona trabajadora afectada de una discapacidad – reconocida o no -, si tal cambio puede considerarse como razonable, por no ser imposible o excesivamente oneroso para el empresario**.

71. En caso de que el TES sea una persona con discapacidad, ¿la normativa sobre derechos de las personas con discapacidad contempla la obligación empresarial de realizar "ajustes razonables" del puesto/condiciones de trabajo?

Hasta la entrada en vigor de la LGDPD, la exigencia de que el empresario adoptase "ajustes razonables" en las condiciones de trabajo parecía quedar circunscrita a las personas trabajadoras con discapacidad reconocida. Con la nueva LGDPD entendemos que la obligación de llevar a cabo "ajustes razonables" debe aplicarse a todas las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. A esta conclusión llegamos a partir de la lectura combinada de dos preceptos de la LGDPD: los artículos 63 y 64 de la ley.

En efecto, el apartado 2 del artículo 64 establece que las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta ley serán de aplicación a las situaciones previstas en el artículo 63, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. Por su parte, el artículo 63 de la Ley señala que "*se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y*

de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas".

Como decíamos, la lectura combinada de ambos preceptos legales parece arrojar la conclusión de que, ante cualquier situación de vulneración de la igualdad de oportunidades, incluida la denegación de ajustes razonables, cualquier persona con discapacidad podrá recabar la protección de las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial previstas en la ley, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. Es por ello que cabe sostener que **la obligación de adoptar ajustes razonables se extiende a todas las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad**.

Aunque es obligado admitir que caben interpretaciones diferentes a la expuesta, es lo cierto que la interpretación de la ley que defendemos es la que más se ajusta a la doctrina judicial del TJUE, expresada en el asunto Ring.

72. ¿Qué se entiende por "ajustes razonables"?

El artículo 2 m) de la LGDPD establece que los "ajustes razonables" "*son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*". Esta definición coincide con la que en su día recogía la ya derogada LIONDAU.

Sin embargo, esta definición parece referirse únicamente a las **medidas para garantizar o facilitar la accesibilidad y participación social de las personas con discapacidad, <u>sin que se comprendan de forma clara ni los cambios en las condiciones de trabajo ni los cambios de puesto de trabajo</u>**.

Otro de los preceptos normativos a tener en cuenta a este respecto es el artículo 40.2 de la LGDPD; precepto que contiene idéntica obligación empresarial que la contenida en la ya derogada LISMI. Se trata de la obligación empresarial de adoptar las **medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa**, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

En este caso, la ley sí se refiere expresamente a la obligación de adaptar el puesto de trabajo, sin embargo, esa obligación parece enmarcarse nuevamente en las exigencias de accesibilidad de la empresa y del puesto de trabajo, y, por tanto, **tampoco se comprenden de forma clara los cambios en las condiciones de trabajo o los cambios de puesto de trabajo**.

Lo anterior explica que, incluso tratándose de trabajadores con discapacidad reconocida, nuestros juzgados y tribunales de lo social no hayan recurrido al concepto de "ajustes razonables" para exigir, en su caso, al empresario la adopción de medidas de movilidad funcional (cambio de funciones), limitándose a acudir, en el mejor de los casos, a las previsiones del artículo 25 LPRL para justificar la exigencia de cambio de puesto de trabajo.

73. En una primera valoración, ¿debería revisarse el concepto regulado en la normativa española sobre "ajustes razonables" a la luz de la última doctrina judicial comunitaria?

Sí.

Consideramos que no es posible seguir manteniendo una interpretación restrictiva del concepto de "ajustes razonables", debiendo éste ser revisado a la luz de la más reciente jurisprudencia comunitaria a la que hemos hecho referencia (**asunto Ring,** STJUE de 11 de abril de 2013). En efecto, como se analizará a continuación, la Directiva 2000/78/CE ha sido interpretada por el TJUE en el sentido de que impone al empresario la obligación de llevar a cabo "ajustes razonables", entre otros ámbitos, sobre las condiciones de trabajo, incluyendo la reducción del tiempo de trabajo. En definitiva, los ajustes razonables incluyen cualquier tipo de adaptación o cambio en la organización de trabajo (cambios organizacionales).

C.2. "Ajustes razonables para las personas con discapacidad": las exigencias de la Directiva 2000/78/CE y su interpretación por parte de la jurisprudencia del TJUE

74. ¿Cuáles son los hechos que se analizan en el asunto Ring?

Sentencia Tribunal Justicia Unión Europea, de 11 de abril de 2013 (Ring)
Hechos: En 1996, la Sra. Ring fue contratada como recepcionista por la sociedad de viviendas sociales BSL (Dinamarca) y, desde el 17 de julio de 2000, por DAB, que adquirió dicha sociedad. La Sra. Ring estuvo de baja en diversas ocasiones entre el 6 de junio de 2005 y el 24 de noviembre de 2005. Los certificados médicos indican, en particular, que padece dolores permanentes en la región lumbar para los que no hay tratamiento. No se pudo efectuar ningún diagnóstico en cuanto a la perspectiva de reanudar una actividad profesional a tiempo completo. Mediante escrito

de DAB, de 24 de noviembre de 2005, la Sra. Ring fue informada de su despido, conforme a la normativa danesa que permite el despido por ausencias justificadas al trabajo derivadas de enfermedad.
El lugar de trabajo fue objeto de ajustes después de este despido, en particular, respecto a «un mostrador de recepción con varios puestos de trabajo detrás», así como respecto a la «sustitución del revestimiento del suelo» y a la instalación de «planos de trabajo de altura ajustable». Consta, asimismo, que inmediatamente después del despido de la Sra. Ring, DAB anunció un puesto de trabajo para un empleado o empleada de oficina a tiempo parcial, es decir, 22 horas semanales. Ese puesto de trabajo a tiempo parcial no se le propuso a la Sra. Ring antes de su despido.
El 1 de febrero de 2006, la Sra. Ring comenzó una nueva actividad laboral como recepcionista en otra empresa, con un tiempo de trabajo de 20 horas semanales.

Cuestión a debate:

Una de las principales cuestiones a debate se sitúa en la delimitación del concepto de "ajustes razonables" y, en particular, se pregunta si la reducción del tiempo de trabajo se incluye entre esas medidas razonables que, en su caso, debe adoptar un empresario frente a una persona con discapacidad.

Fundamentos jurídicos:

Conforme al artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU, los «ajustes razonables» son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». De ello se sigue que dicha disposición preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable».
Así, en lo que atañe a la Directiva 2000/78, este concepto debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.
Puesto que, por un lado, la Directiva 2000/78 y el artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU prevén medidas no sólo materiales, sino también organizativas, y, por otro lado, el término «pauta [de tiempo]» de trabajo ha de entenderse como la cadencia o el ritmo con el que se efectúa el trabajo, no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de esta Directiva.
Debe señalarse asimismo que la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo.
No obstante, procede recordar que la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo.
Además, es preciso señalar que, conforme al artículo 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.
Por tanto, en los asuntos principales, incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores. A este respecto es preciso tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.
A efectos de esta apreciación, puede constituir un elemento pertinente la circunstancia, de que, inmediatamente después del despido de la Sra. Ring, DAB anunciara un puesto de trabajo para un empleado o empleada de oficina a tiempo parcial, es decir, 22 horas semanales, en su agencia regional de Lyngby. La documentación transmitida al Tribunal de Justicia no contiene ningún elemento que permita acreditar que la Sra. Ring no fuera capaz de ocupar ese puesto a tiempo parcial o que permita comprender las razones que justifican que no se le propusiera. Además, el órgano jurisdiccional remitente indica que, poco después de su despido, la Sra. Ring comenzó un nuevo trabajo como recepcionista en otra sociedad y que la duración real del tiempo de trabajo era de 20 horas semanales.

75. De conformidad con la normativa internacional y comunitaria ¿el concepto de "ajustes razonables para las personas con discapacidad" debe entenderse en sentido amplio?

Sí.

Tal y como se desprende de la Convención de la ONU y de la propia Directiva 2000/78/CE, los "ajustes razonables" deben interpretarse en sentido amplio incluyendo medidas no sólo materiales sino también organizativas, como, por ejemplo, la reducción del tiempo de trabajo.

76. ¿Dentro del concepto de "ajustes razonables" se puede incluir el cambio de funciones o de puesto de trabajo?

Sí.

Habida cuenta del concepto amplio de "ajustes razonables" defendido por el TJUE, consideramos que cabría incluir el cambio de funciones o de puesto de trabajo, si bien, como matiza el propio Tribunal, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

77. Desde un punto de vista comunitario ¿qué cabe entender por ajustes "razonables"?

Como indica el TJUE, **los ajustes deben incluir medidas no solo materiales sino también organizacionales (adaptación de las condiciones de trabajo), incluyendo, en su caso, la reducción del tiempo de trabajo.** Con todo, los ajustes **no deben constituir una carga excesiva para los empleadores, debiendo ponderarse en cada caso, atendiendo a las circunstancias concretas, la razonabilidad de la medida**.

A este respecto es preciso **tener en cuenta**, particularmente, **los costes financieros y de otro tipo que la medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.**

78. La previsión española sobre "ajustes razonables" ¿se adecua a la defendida en la doctrina judicial comunitaria actual?

No totalmente.

El artículo 40.2 de la **LGDPD** establece la obligación de que los empresarios adopten las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

Por otro lado, el artículo 2 m) de la LGDPD define el concepto de "ajustes razonables" considerando que "*son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*".

La ley parte de una noción de "ajuste razonable" que, a priori y sin más matización, parece coincidir con la noción de "ajustes razonables" prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE. Sin embargo,

como se argumentó en la respuesta a la pregunta 72, es lo cierto que no se comprenden de forma clara los cambios en las condiciones de trabajo o, dicho de otro modo, los cambios organizacionales. Tampoco los jueces y Tribunales de lo social han efectuado una interpretación en clave organizacional del concepto de "ajustes razonables". Cabe esperar, no obstante, que la interpretación judicial cambie a la luz de la jurisprudencia europea vertida en materia de ajustes razonables.

Dejando al margen la problemática relativa al concepto de "ajustes razonables", la normativa española plantea una segunda problemática: **¿qué personas con discapacidad pueden solicitar la adopción de ajustes razonables?**.

En su día, la LIONDAU pareció reservar la obligación de adoptar ajustes razonables únicamente respecto de las personas con discapacidad reconocida. O, al menos, la LIONDAU no resultó suficientemente clara en la regulación de este importantísimo aspecto.

Con la vigente LGDPD tampoco hemos ganado en claridad en este punto, pero sí parece posible interpretar que los ajustes razonables alcanzan a todas las personas con discapacidad. Al menos, a todas las personas con una discapacidad previsiblemente permanente, al margen del reconocimiento oficial de la situación de discapacidad. Más dudas ofrece la situación de las personas con discapacidad transitoria, en la medida en que el concepto general de persona con discapacidad establecido en el artículo 4.1 de la LGDPD se refiere únicamente a la discapacidad previsiblemente permanente.

A pesar de ello, y tal y como hemos defendido en la respuesta a la pregunta 72, la lectura combinada de los artículos 63 y 64 de la LGDPD parece arrojar la conclusión de que, ante cualquier situación de vulneración de la igualdad de oportunidades, incluida la denegación de ajustes razonables, cualquier persona con discapacidad podrá recabar la protección de las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial previstas en la ley, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. Es por ello que **es posible interpretar que la obligación de adoptar ajustes razonables se extiende a todas las personas con discapacidad**.

En todo caso, ésta es la interpretación que más se ajusta a la Convención Internacional de la OIT y a la doctrina del TJUE.

79. ¿Es posible hacer una relectura del art. 25 de la LPRL que incorpore los posicionamientos del TJUE en materia de "ajustes razonables" y "personas con discapacidad"?

Sí.

Teniendo en cuenta la doctrina del TJUE en materia de "ajustes razonables para las personas con discapacidad", entendemos que **es jurídicamente posible defender una relectura del artículo 25 LPRL ajustada a los parámetros interpretativos de la STJUE de 11 de abril de 2013 (Ring) en los términos que se apuntan en los siguientes epígrafes**.

C.3. Adaptación de condiciones de trabajo y cambio de puesto de trabajo

80. Cuando una empresa está ante un TES, incluyendo a las personas con discapacidad ¿qué medidas debe adoptar en base al artículo 25 LPRL?

En nuestra opinión, el artículo 25 de la LPRL es sumamente claro, la circunstancia de tener un TES implica:

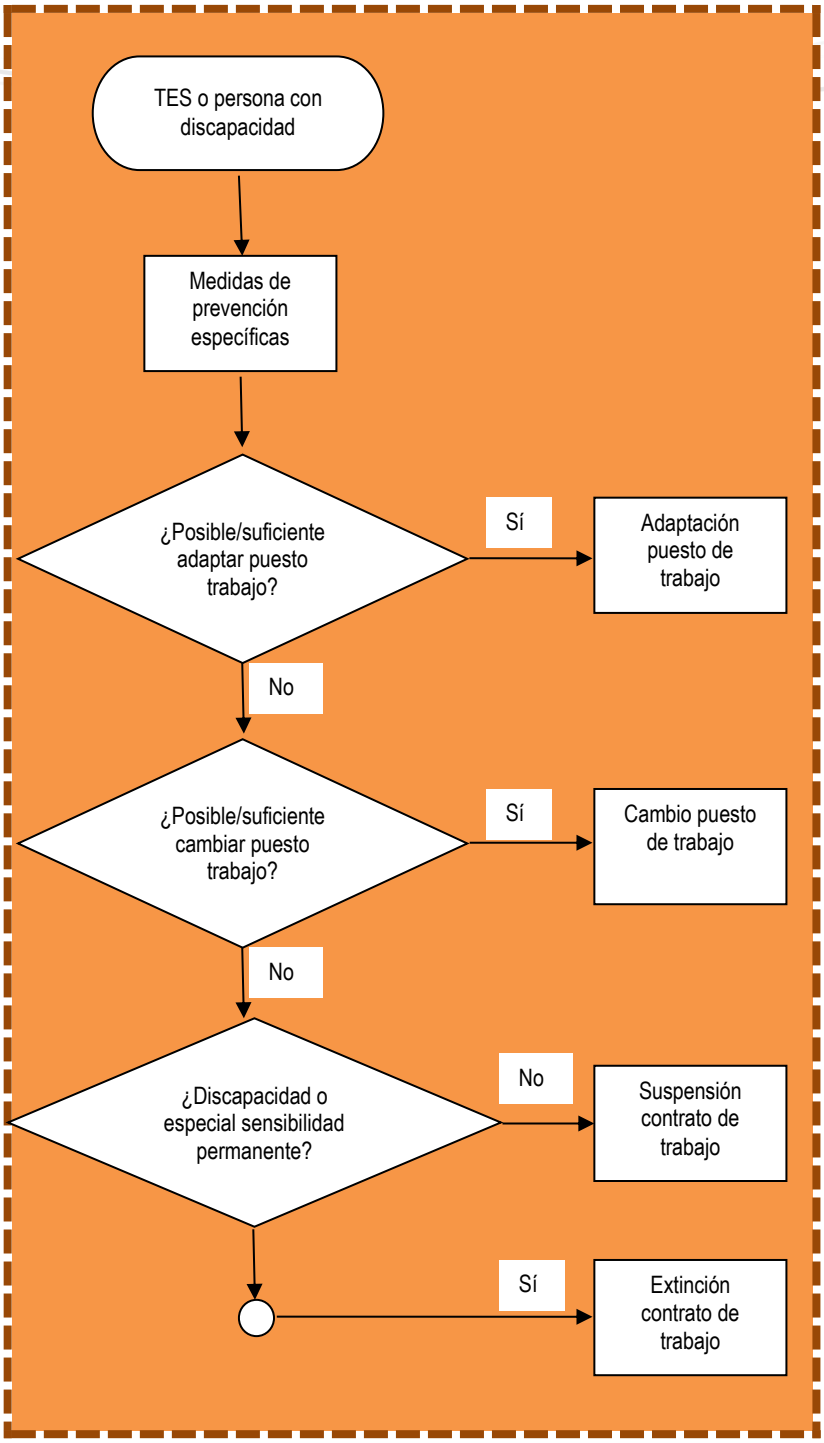
- ✓ Valorar este hecho en la evaluación de riesgos laborales para adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias.
- ✓ Tener en cuenta que el propio art. 25 LPRL prevé expresamente la prohibición de ocupar, de forma temporal o permanente, a estos trabajadores en los lugares de trabajo que puedan poner en peligro al propio TES, a otros trabajadores o a terceras personas relacionadas con la empresa.

Siendo así, entendemos que **son cuatro las medidas que pueden adoptarse**:

- ✓ **Adaptación** de las condiciones de trabajo.
- ✓ De no ser posible o de mantenerse los riesgos, **cambio de puesto de trabajo**.
- ✓ De no ser posible o de mantenerse los riesgos, **suspensión del contrato de trabajo**.
- ✓ De no ser posible o de mantenerse los riesgos, **extinción de la relación contractual**.

En suma, estamos, como no podía ser de otra manera, ante un **esquema análogo al dispuesto, de manera más clara, en el artículo 26 LPRL en relación con la trabajadora embarazada o en período de lactancia.**

Véase el flujograma siguiente:



81. ¿Cómo debe interpretarse la expresión "de no ser posible"?

En el artículo 25 LPRL no existe la expresión "de no ser posible" que nos permite reordenar las diferentes medidas preventivas para un TES, si bien consideramos que dicha expresión, o alguna similar, tienen perfecta cabida cuando el mismo precepto insta a *"valorar este hecho (TES) en la evaluación de riesgos laborales para adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias."*, incluida la posibilidad de "prohibición de ocupar, temporal o permanente, a estos trabajadores en los

lugares de trabajo que puedan poner en peligro al propio TES, a otros trabajadores o a terceras personas relacionadas con la empresa."

Sin lugar a dudas, **lo mejor hubiese sido incluir en el artículo 25 LPRL las fórmulas contenidas en el artículo 26 LPRL**:

- ✓ cuando la adaptación de las condiciones de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud, en nuestro caso, del TES → cambio de puesto de trabajo;
- ✓ "si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados" → suspensión o, en nuestro caso y dependiendo de las circunstancias, extinción del contrato de trabajo;

En suma, la manera en que **debería reinterpretarse el artículo 25 de la LPRL** debería llevarnos a obligar al empresario a (1) la adaptación de las condiciones de trabajo o, de no ser ésta técnica u objetivamente posible o suficiente, (2) al cambio de puesto de trabajo, siempre que el trabajador tuviera competencia profesional para realizar las tareas fundamentales del nuevo puesto de trabajo. En caso de que ninguna de las dos anteriores medidas fuesen posibles por excesiva onerosidad para el empresario o por falta de vacante o puesto de trabajo compatible con el estado de salud del trabajador o con sus competencias profesionales, cabría plantearse la suspensión de la relación laboral o, incluso, su extinción de conformidad con lo establecido en el artículo 52.b) ET.

En cualquier caso, entendemos que el papel de la **negociación colectiva** en este complejo escenario de actuación empresarial debería ser básico. Aspectos como la dimensión de la empresa, costes de la medida y existencia, o posibilidad de existencia, de ayudas públicas para llevar dicha adaptación de condiciones de trabajo o cambio de puesto de trabajo deberían ser esenciales para determinar qué actuación empresarial es exigible.

82. En la normativa reglamentaria, ¿existe alguna mención a las medidas preventivas a tener en cuenta en relación con los TES?

Sí.

El **primer requerimiento** asociado a este deber es, sin lugar a dudas, el deber de asignar al trabajador a un puesto de trabajo compatible con su situación personal. Debe recordarse a este respecto que el **art. 4 RSP establece que en las evaluaciones de los puestos de trabajo**, deberá valorarse

expresamente la posibilidad de que el trabajador que los ocupe o pueda ocuparlos sea un trabajador especialmente sensible, obligación que se intensifica en aquellos supuestos en los que éste pueda estar expuesto a agentes biológicos o cancerígenos (RD 664/1997, de 12 de mayo y RD 665/1997, de 24 de mayo).

En segundo lugar, y con carácter más instrumental, se exige que las medidas de **acceso y señalización** tomen en consideración la situación personal de los trabajadores, aspecto de especial importancia con respecto a las personas trabajadoras con discapacidad. En este sentido, no sólo serían de aplicación las disposiciones legales generales que garantizan el derecho a la accesibilidad universal (Ley 53/2000 y reglamentos de desarrollo), sino también las previsiones sectoriales. Por ejemplo, la contenida en el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, referida específicamente a la adecuación de las puertas, vías de circulación, escaleras, duchas, lavabos, retretes y lugares de trabajo ocupados directamente por trabajadores con discapacidad.

En **tercer lugar**, y también con carácter instrumental, el RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo, dispone expresamente el deber de que los equipos estén adaptados a su utilización por trabajadores con discapacidad; protección que viene referida fundamentalmente a cuestiones de carácter ergonómico.

Ejemplo de falta de consideración de la especial sensibilidad del trabajador en la evaluación de riesgos y en la adopción de medidas preventivas (falta de adaptación técnica del puesto de trabajo). STSJ País Vasco, de 9 de marzo de 2010, rec. núm. 3017/2009.
Hechos: El trabajador presta servicios para empresa de fabricación de armas destinadas al tiro deportivo o a la caza desde el año 1983; el 20 de septiembre de 2005 el trabajador sufrió un accidente de trabajo que le provocó lesiones en la espalda que se calificaron de leves; el accidente se produjo cuando el trabajador colocaba perfiles a ambos lados de la máquina, al levantar sin apoyo de medios mecánicos y de manera totalmente manual un tablero de unos 15 kgs de peso y 2.300 mm de longitud, lo que le causó un sobreesfuerzo y un tirón lumbar; la ITSS levantó Acta de Infracción y calificó la falta de grave al existir riesgo de accidente debido a haber sido el trabajador previamente operado de la espalda, que no había estudio ergonómico y que la aptitud médica no contemplaba la manipulación de cargas, graduándose en su grado mínimo e imponiéndose sanción que se halla recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa; el INSS ha declarado la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad y ha impuesto un recargo de prestaciones del 40%; el trabajador había sido sometido a reconocimientos médicos por parte del Servicio de Prevención Ajeno, constando en ellos su aptitud apto para el trabajo, constando que D. Salvador había sido intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones de hernia discal lumbar y que padecía lumbalgias; se realizó Estudio Ergonómico en la manipulación de cargas, que arrojó el resultado de nivel de riesgo limitado o aceptable en cargas de hasta 15 kilogramos y para la mayoría de los trabajadores; desde el año 1993 el trabajador ha sufrido diversos procesos de IT por lumbalgias y lumbalgias agudas, de los cuales tres han sido por accidente de trabajo.
Cuestión a debate: ¿Procede el recargo de prestaciones al considerar que la empresa incumplió sus deberes preventivos en relación

con el trabajador?

Fundamentos jurídicos:

El artículo 25 LPRL se refiere a la protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, a cuyo fin deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.
Pues bien, en el presente caso resulta claro que D. Salvador presentaba unas características personales particulares en relación al desempeño del puesto de trabajo al que estaba destinado, en el que debía cargar pesos de hasta 15 kilogramos, como el día del accidente objeto del debate, y debía hacerlo de manera manual, sin auxilio de ningún elemento mecánico. Tales características personales consistían en padecer lumbalgias incluso agudas y haber sido intervenido por tal razón quirúrgicamente en dos ocasiones, así como haber estado incurso en varias ocasiones en situaciones de IT por esas dolencias, tres de ellas por accidente de trabajo y eran sobradamente conocidas por la empresa.
Asimismo, estas circunstancias habían sido hechas constar en los reconocimientos médicos realizados por el Servicio de Prevención ajeno y también en el Estudio Ergonómico del puesto de trabajo en el que al trabajador se le calificó de Apto. Pero debe tenerse en cuenta también que estos estudios arrojaron el resultado de riesgo limitado o aceptable para la "mayoría" de los trabajadores y se valoraron las cargas de hasta 15 kg. de peso. Es decir, que el estudio ergonómico resultó con ese riesgo limitado o aceptable para una carga máxima de los 15 kg. que justo manipulaba el trabajador el día del accidente, por lo que nos situamos en el límite de carga posible de manera manual sin pasar a un riesgo superior. Además, es de sumo interés considerar, como ya se ha dicho, que se consideró que la "mayoría" de los trabajadores no tendrían problemas al ejecutar tareas de ese tipo.

Es claro también que el trabajador demandado no pertenece a esa "mayoría" de trabajadores, sino que presenta las características particulares de dolencias lumbares de entidad que anteriormente hemos mencionado, sin que ello hubiera sido tenido en cuenta en modo alguno por la demandada, pese a los antecedentes existentes en relación a su persona. Así, no se le proporcionó ningún medio mecánico ni auxilio personal ni equipo especial de protección individual para el desempeño de esas concretas tareas de carga con sobreesfuerzo lumbar, lo que es la causa directa de la producción del accidente de referencia.
Ello supone, pues, un incumplimiento de las medidas preventivas generales. Incumplimiento que ha de completarse con las previsiones contenidas en el RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores.
De un lado, el RD citado define la manipulación de cargas en su artículo 2 como cualquier operación de transporte o sujeción de una carga por parte de uno o varios trabajadores, como el levantamiento, la colocación, el empuje, la tracción o el desplazamiento, que por sus características o condiciones ergonómicas inadecuadas entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores. Es claro que en el caso analizado nos hallamos en dicha situación, pues el accidente ocurrió cuando D. Salvador asió un material de 15 kg. de peso sin apoyo de medios mecánicos y con la sola ayuda de sus manos.
A estos efectos, el artículo 3 de la norma reglamentaria impone al empresario determinadas obligaciones generales, entre las que se halla la de adoptar las medidas técnicas u organizativas necesarias para evitar la manipulación manual de las cargas, en especial mediante la utilización de equipos para el manejo mecánico de las mismas, sea de forma automática o controlada por el trabajador, así como la obligación, cuando no pueda evitarse la necesidad de manipulación manual de las cargas, de tomar las medidas de organización adecuadas, utilizar los medios apropiados o proporcionar a los trabajadores tales medios para reducir el riesgo que entrañe dicha manipulación. A tal fin, deberá evaluar los riesgos tomando en consideración los factores indicados en el anexo del presente Real Decreto y sus posibles efectos combinados.
Pues bien, cierto es que los riesgos del puesto de trabajo del trabajador se habían evaluado y que suponían un riesgo limitado o aceptable para la mayoría de los trabajadores, y que el trabajador había sido declarado apto para su desempeño. Ahora bien, ello no reducía las obligaciones empresariales relativas a la evitación de daños en la manipulación de cargas, máxime en relación con su obligación de tener en cuenta las características de cada trabajador y, en concreto, de D. Salvador. Claro está que estas obligaciones se refieren a trabajadores cuya aptitud para el puesto de trabajo no es negada, ya que, en otro caso, el incumplimiento sería otro. Así, de lo que se trata es de evitar los riesgos para trabajadores aptos y, sobre todo, cuando éstos presentan características especiales como el trabajador en este litigio.
La empresa no tuvo en cuenta ninguno de estos elementos, dado que ni previó elementos de auxilio o protección para la realización de las tareas de carga ni tuvo en cuenta a esos efectos la situación sobradamente conocida del estado de la columna lumbar del trabajador. Añadiremos también las previsiones del artículo 4 del RD 487/97,

referidas a las obligaciones empresariales en materia de formación e información, que exigen que el empresario garantice que los trabajadores reciban una formación e información adecuadas sobre los riesgos derivados de la manipulación manual de cargas, así como sobre las medidas de prevención y protección que hayan de adoptarse y que, en particular, proporcionará a los trabajadores una formación e información adecuada sobre la forma correcta de manipular las cargas y sobre los riesgos que corren de no hacerlo de dicha forma, teniendo en cuenta los factores de riesgo que figuran en el anexo de este Real Decreto. La información suministrada deberá incluir indicaciones generales y las precisiones que sean posibles sobre el peso de las cargas y, cuando el contenido de un embalaje esté descentrado, sobre su centro de gravedad o lado más pesado. Pues bien, tampoco consta debidamente cumplida esta obligación, ya que la instancia refiere la existencia de un documento firmado por el trabajador en enero de 2004 acerca de una charla técnica de formación, sin que constase ni su duración ni su contenido ni si había sido específica para D. Salvador habida cuenta de sus dolencias lumbares.
En definitiva, entendemos que concurren incumplimientos empresariales de las medidas de seguridad generales y concretas exigibles y que estos incumplimientos han sido la causa directa del accidente objeto del litigio.

Ejemplo de obligación empresarial de adaptación del puesto de trabajo (cambio de turno de trabajo). STSJ Navarra de 27 de abril de 2012, rec. núm. 123/2012

Hechos:

La premisa de hecho es la acreditada situación médica de un trabajador que padece una alteración de su tensión arterial. En razón de esa contrastada situación objetiva, se plantea la inconveniencia de su continuación en determinados turnos de trabajo, pues la prestación de servicios en los mismos comporta un riesgo cierto para su estado, que puede empeorar dando origen a un presumiblemente grave problema de salud, cuyo origen ha sido acreditado y concurre sin duda en su persona. El trabajador solicita que su situación sea tenida en cuenta a la hora de organizar los turnos de trabajo, siendo así que aquellos que él realice excluyan el horario nocturno, por ser esta condición peligrosa para su salud.

Cuestión a debate:

¿Está obligada la empresa a adaptar las condiciones de trabajo, incluyendo el tiempo de trabajo (cambio de turno de trabajo)?

Fundamentos jurídicos:

Estima esta Sala que el trabajador se encuentra en una circunstancia de salud que lo hace, de acuerdo con el párrafo primero del citado artículo 25, *especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo*. Y estima también esta Sala que el riesgo derivado del trabajo ha sido objetivado y acreditado, quedando referido a la inconveniencia de la prestación de servicios en horario nocturno. Por todo ello, considera esta Sala que la interpretación del artículo 25 LPRL acometida por el Juzgador de instancia en el caso presente ha sido correcta, y que la estimación de la demanda, disponiendo la necesidad de proceder al cambio de turnos y a la asignación de aquellos que minimicen el riesgo para la salud del trabajador, resulta plenamente coherente con una aplicación adecuada de la normativa que la recurrente estimó infringida, y que esta Sala declara debidamente aplicada.

En suma, de lo expuesto se deriva que **el empresario está obligado a evaluar los riesgos del puesto de trabajo teniendo en cuenta la especial sensibilidad del trabajador, así como, en su caso, a adaptar técnicamente el puesto de trabajo, así como, si procede, las condiciones de ejecución del trabajo, incluyendo la adaptación del tiempo de trabajo** (cambio de turnos).

83. De "no ser posible" la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto de trabajo ¿qué medida empresarial cabe adoptar con el TES, en general, y con una persona trabajadora con discapacidad, en particular?

La respuesta debería ser sencilla: **la suspensión o la extinción de la relación laboral,** dependiendo de si la situación suspensiva permite alguna salida menos traumática para el trabajador que la de extinción de su relación laboral (así, por ejemplo, la adaptación de las condiciones de trabajo o el cambio de puesto de trabajo tras la obtención de alguna ayuda pública o privada que pueda financiar un eventual "sobrecoste" de la medida).

Sin embargo**, la suspensión del contrato de trabajo para los TES no está prevista expresamente**, a diferencia de lo que sucede en relación con las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, y, sobre todo, la suspensión del contrato y consiguiente pérdida salarial no vendría compensada por ninguna prestación sustitutoria del sistema de Seguridad Social, como sí sucede con las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia.

En concreto, el problema vendrá, y esta es la situación normal para la que está prevista la regulación del artículo 25 de la LPRL, cuando el TES:

- ✓ Bien no reciba una baja médica temporal (= Incapacidad Temporal = suspensión del contrato de trabajo).
- ✓ Bien cuando la haya recibido pero, una vez finalizada, no pase a situación de incapacidad/invalidez permanente (que generaría la extinción de su contrato de trabajo y ser considerado TES con discapacidad reconocida) y vuelva a la empresa con el alta médica pero requiriéndose, a juicio del servicio de prevención, bien la adaptación de sus condiciones de trabajo, bien el cambio de su puesto de trabajo.

Para los supuestos en los que dicha adaptación o cambio de puesto de trabajo "no sean razonablemente posibles", **no existe una especial situación de suspensión del contrato de trabajo, similar a la de riesgo durante el embarazo/lactancia**. Ni siquiera en los casos en los que se prevea que la situación de TES es transitoria, o en los que esté próxima una vacante o la eventualidad de la obtención de una alguna ayuda pública o privada que pueda financiar un eventual "sobrecoste" de la medida.

En este contexto, y esta es una crítica que sin duda realizamos a la norma, **únicamente se prevé la facultad empresarial de extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida del trabajador**, reconociéndole una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades (art. 52.b ET).

Con todo, y sin necesidad de llegar a la situación de ineptitud sobrevenida, nuestro ordenamiento jurídico laboral permite también el despido por absentismo derivado de enfermedad (faltas justificadas), tratando de salvaguardar igualmente la productividad de la empresa. Esta figura extintiva guarda una innegable relación con la prevención de riesgos laborales en la empresa, por cuanto que sólo resultarán computables como faltas al trabajo – aún justificadas – aquéllas que no sean imputables a la empresa, por haber adoptado ésta todas las medidas de ajuste razonable necesarias para evitar las bajas laborales por enfermedad. Téngase en cuenta que, en ocasiones, las bajas laborales derivan de la falta de adopción por parte de la empresa de los ajustes necesarios en las condiciones de trabajo. De este modo, trabajadores con enfermedades a largo plazo que les supongan una limitación pueden verse abocados a un número mayor de bajas laborales y, por ello, al despido previsto en el artículo 52 d) ET. Tema sobre el que volveremos en breve.

84. ¿Existe regulación específica para las personas trabajadoras afectas de una incapacidad permanente parcial?

Sí.

Excepcionalmente para los trabajadores con una **discapacidad reconocida**, el art. 1 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, dispone el **derecho del trabajador a su reincorporación al puesto de trabajo** previendo que si la incapacidad permanente parcial **no afecta al rendimiento normal** del trabajador en el puesto de trabajo, el empresario estará obligado a reincorporarlo en el mismo puesto o a mantenerle la retribución en caso de imposibilidad. Por el contrario, cuando sí se produzca una disminución en dicho rendimiento, el empresario deberá destinar al trabajador a un puesto adecuado a su capacidad residual y, si no es posible, a reducirle el salario en proporción, aunque con el límite del 25% del total de su retribución anterior y, siempre, con el umbral mínimo del SMI.

C.4. En particular, el despido de las personas trabajadoras con discapacidad

C.4.1. Por ineptitud sobrevenida

85. ¿Qué se entiende por ineptitud sobrevenida?

De acuerdo con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, expuesta, entre otras, en las Sentencias de 14 de julio de 1982 (RJ1982/4613) y de 2 de mayo de 1990 (sentencia núm. 663**), la**

ineptitud, ha de ser - para producir los efectos resolutorios del contrato de trabajo - **permanente y no meramente circunstancial, imputable al trabajador y no achacable a defectuosos medios de trabajo, verdadera y no disimulada** ya que ésta se integraría en otro tipo de falta general, referida al conjunto o por lo menos a la principal de las tareas encomendadas, de suficiente entidad, es decir una aptitud apreciablemente inferior a la media normal, y sobre todo independiente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente del sujeto - disminución del rendimiento normal de trabajo, como causa del despido disciplinario -.

86. ¿Es posible que el servicio de prevención declare una "ineptitud sobrevenida" sin que ello comporte una baja médica (IT/IP) para el trabajador?

Sí.

En el ámbito estricto de la ineptitud sobrevenida derivada de la declaración de no apto/a para el desempeño de las tareas principales del puesto de trabajo habitual, emitida por los servicios de prevención de la empresa (servicio médico), contamos con una **abundante doctrina judicial que considera plenamente justificado el despido objetivo en estos casos,** basándose para ello en una interpretación del concepto de "ineptitud" independiente del concepto manejado en el ámbito de la Seguridad Social.

Así, con arreglo a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo:

"Para que la extinción del contrato de trabajo se ajuste a lo prevenido en el artículo 52.a) del Estatuto de los Trabajadores se requiere que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral, o con desconocimiento del empresario si la ineptitud es anterior a su inicio, no siendo necesario que la pérdida de aptitud sea imputable al trabajador, ni tampoco que suponga una absoluta y total carencia de idoneidad para el desempeño del puesto de trabajo, correspondiendo, eso sí, al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales.

El hecho de que haya sido declarado NO APTO para el trabajo no implica que tenga que ser declarado afecto de un grado de invalidez. El reconocimiento de la ineptitud no tiene que imponer por necesidad la incapacidad permanente total ya que algunos grados invalidantes juegan en el Estatuto de los Trabajadores como supuestos suspensivos o extintivos propios de contrato de trabajo.- Es necesario entonces distinguir entre la ineptitud sobrevenida como causa extintiva y la invalidez permanente en ciertos grados (artículo 49.5 del ET), pues esta última se define por remisión a la legislación de la

Seguridad Social y requiere de una declaración administrativa o judicial.

Se trata entonces de un concepto desconectado del de incapacidad física o psíquica, producida a consecuencia de alguna de las contingencias protegidas por la Seguridad Social. La ineptitud sobrevenida se refiere, según constante interpretación, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador y también, como hemos expuesto por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, rapidez (STS de 2-5-1990), lo que es distinto al concepto de invalidez, situación aquella que por sí misma permite la extinción contractual de forma que puede declararse la resolución del contrato por tal causa cuando, como es el caso, el trabajador no alcanza ninguno de los grados de invalidez permanente en los grados previstos en el artículo 137 de la LGSS, y sin embargo resulta incapaz en la realización de su trabajo ordinario."

87. La ineptitud sobrevenida que posibilita la extinción del contrato de trabajo, ¿ha de ser permanente o puede ser temporal?

La ineptitud no puede ser temporal sino **permanente o a largo plazo** para que pueda justificar la extinción del artículo 52 a) ET, debiéndose atender a los informes médicos oportunos para determinar la temporalidad de la dolencia; temporalidad a la que no obsta el agotamiento del período máximo de la situación de incapacidad temporal, pues tal período se refiere al de duración del derecho al percibo de subsidio por parte del trabajador/a, no a la duración de la enfermedad o limitación a la capacidad laboral (STSJ Aragón de 25 de abril de 2006, rec. núm. 292/2006).

88. Siendo así ¿son lícitos los despidos ante la declaración de no apto/a para el desempeño de las principales funciones del puesto de trabajo habitual por parte del servicio de prevención de la empresa (servicio médico)?

Sí.

Existe abundante doctrina judicial que declara la **procedencia del despido por ineptitud sobrevenida del trabajador/a en los supuestos en que el servicio o servicios de prevención de la empresa lo declaran no apto para desempeñar las principales funciones de su puesto de trabajo**, con independencia de la declaración de invalidez por cuanto que la legislación de Seguridad Social no condiciona la extinción del contrato por la causa del artículo 52 a) ET (véanse por todas, STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2010, rec. núm. 2969/2010; STSJ Castilla y León de 13 de julio de 2010, rec. núm. 427/2010; STSJ Asturias de 18 de diciembre de 2009, rec. núm. 2367/2009; STSJ Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 2009, rec. núm.484/2009).

89. Ahora bien, ¿la declaración de "no apto/a" emitida por los servicios de prevención de la empresa permite de forma automática la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida?

La respuesta no es fácil porque, hasta la fecha, **no existe pronunciamiento al respecto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia no es pacífica en este punto**.

Así, puede hablarse nuevamente de dos líneas de tendencia. **Por un lado**, se sitúan los tribunales superiores de justicia que sostienen que **la normativa preventiva únicamente obliga a la adaptación, de ser posible, del puesto de trabajo pero no así a la recolocación del trabajador** en un puesto de trabajo adecuado a sus características, pues tal obligación empresarial no se deriva de la normativa vigente, salvo que así se hubiera previsto en el convenio colectivo aplicable, y, en todo caso, correspondería al trabajador la carga de probar que existe un puesto de trabajo alternativo compatible.

En esta línea se sitúan las sentencias más recientes del TSJ de Castilla y León (sentencias de 23 de julio de 2013 y de 14 de junio de 2012, rec. núm. 1205/2013 y 228/2012, respectivamente), de Andalucía (sentencia de 12 de enero de 2012, rec. núm. 1813/2011), y de Asturias (sentencia de 18 de diciembre de 2009, rec. núm. 484/2009), entre otros.

STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 23 de julio de 2013, rec. núm. 1205/2013
Hechos: El trabajador de profesión comercial, laborando en empresa de recambios y repuestos para coches, tiene dolencias consistentes en secuelas de intervención de hernia discal, disectomía L5-S1 con flavectomía, siendo reintervenido realizándose artrodesis a dicho nivel. Le resta una limitación de movilidad de columna lumbar con irradiación a miembro inferior derecho que se corresponden con grado III del manual de actuación. Se encuentra limitado para actividades que impliquen sobrecarga del segmento lumbar; sedestación continuada sin cambios posturales, cargar pesos y movimientos repetitivos de flesoextensión. La profesión del trabajador por definición implica el desplazamiento en vehículo realizando la ruta establecida, recibiendo y entregando encargos y realizando las muestras necesarias de los productos. Ello implica necesariamente estar conduciendo el vehículo, que es una postura contraproducente con la hernia discal y su irradiación, pues la conducción no permite los necesarios cambios posturales y además incide sobre el segmento lumbar de manera negativa. El trabajador, tras una larga baja laboral, se reincorporó a su trabajo y la empresa extinguió su relación laboral por ineptitud sobrevenida ante el informe negativo del servicio de prevención.
Cuestión a debate: Hasta dónde alcanzan las obligaciones preventivas de la empresa derivadas del artículo 25 LPRL: ¿cabe exigir a la empresa el cambio de puesto de trabajo?
Fundamentos jurídicos: Nuestro derecho positivo ante la concurrencia de elementos que afectan a la capacidad laboral tiene tres institutos, en primer lugar las incapacidades, que suponen una causa autónoma de extinción de la relación laboral, en su caso. En segundo lugar la movilidad funcional o extinción por ineptitud sobrevenida que es

una reacción de la empresa ante esa disminución de capacidad y por último la utilización de mecanismos preventivos derivados de la ley de prevención de riesgos laborales.
La relativamente nueva normativa protectora en materia de prevención de riesgos laborales obliga a adoptar las medidas preventivas y correctoras para reducir o eliminar los riesgos psicofísicos o, si ello no es posible, al traslado de puesto, si lo hubiere y no concurriera obstáculo legal o convencional (arts. 15 y 25 y ss de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Es decir la empresa tras la reincorporación laboral cumplió con su obligación de valorar la capacidad laboral y el informe del servicio de prevención, arrojó un resultado de no apto. Esa no aptitud no puede sino ser ratificada por esta sala pues como ya hemos antes anticipado, no es pensable que el actor pueda realizar una jornada laboral continuada conduciendo un vehículo y desplazando elementos en ocasiones de peso. Es evidente que con posterioridad al inicio de la relación laboral la aptitud profesional del actor se ha visto afectada y de manera muy trascendente de tal manera que los cometidos que antes realizaba no va a poder realizarlos. Sentado lo anterior es cierto que el empresario en función de la actividad preventiva tiene obligación de adaptar el puesto de trabajo a las limitaciones del trabajador, pero difícilmente puede adaptarse un puesto de trabajo cuando la adaptación pasa por no realizar los cometidos del mismo.
En cuanto a la movilidad funcional al margen de que no hay norma que la imponga, es lo cierto que no se ha acreditado ni alegado que existe puesto de trabajo compatible.

Por otro lado, se sitúan los **Tribunales superiores de justicia que consideran que la mera declaración de "no apto/a" o "apto/a con restricciones" no permite la automática extinción del contrato por ineptitud sobrevenida siendo necesario que la empresa haya probado que la adaptación del puesto de trabajo no fue posible o suficiente e, incluso, que no existe puesto de trabajo alternativo compatible**. Es decir, esta segunda línea de tendencia exige al empresario que demuestre que, desde un punto de vista preventivo, adoptó los ajustes necesarios y razonables con carácter previo al despido, incluyendo la adopción de medidas de movilidad funcional.

En esta línea se sitúan las más recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencias de 13 de noviembre de 2012 y de 12 de abril de 2011, rec. núm. 4664/2012 y 2692/2011, respectivamente), País Vasco (sentencias de 23 de febrero de 2010, rec. núm. 2898/2009, y de 3 de junio de 2008), Navarra (sentencia de 22 de enero de 2010, rec. núm. 241/2009) y Baleares (sentencia de 30 de septiembre de 2011, rec. núm. 223/2011), entre otros.

STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2012, rec. núm. 4664/2012

Hechos:

Como consecuencia de una de las denuncias formuladas por el Sr. Pablo, miembro del comité de empresa y del comité de seguridad y salud de la empresa, en fecha de 20 de julio de 2010 se notificó un requerimiento de la Inspección de Trabajo a la empresa en el siguiente sentido:
"REQUERIMIENTO: Ante la posibilidad de que las condiciones de trabajo en el nuevo puesto hayan podido afectar a la salud del trabajador, SE REQUIERE a la empresa al objeto de que proceda a una reubicación de D. Pablo a un puesto de trabajo con exposición al ruido inferior a 80 dBA. Dicho traslado será temporal en tanto no se obtengan los resultados del CSCST".
Este requerimiento fue contestado por la empresa en el sentido que en el centro de trabajo no existía ningún otro puesto de trabajo expuesto a un ruido inferior a los 80 dBA, con la excepción de un puesto de auxiliar administrativo situado fuera del taller de laminado.
En el marco del mismo expediente, la Inspección de Trabajo solicitó en fecha de 15 de julio de 2010 un informe al Centro de Seguridad y Salud en el Trabajo. En fecha 18 de octubre de 2010, este centro emitió informe concluyendo que "el trabajador sufre una hipoacusia leve que afecta al área conversacional en la frecuencia de

3000 en el oído izquierdo. (...) Aunque no entre en el cuadro de enfermedades profesionales, existe una lesión, que es la hipoacusia, desde que el trabajador entró en la empresa, donde hay una exposición por encima de 87 dBA, que es posible que haya sido debida a esta exposición. Por este motivo se ha de considerar al trabajador como especialmente sensible. No se ha de olvidar, sin embargo, que la disminución del ruido en su origen es la medida más correcta contra la hipoacusia profesional".

En base a este informe, la Inspección de Trabajo requirió a la empresa COPISA a que incluyera en la evaluación de riesgos laborales la consideración de trabajador especialmente sensible al Sr. Pablo, a efectos de prever en la citada evaluación las medidas de protección y prevención necesarias para eliminar o reducir al mínimo la exposición de este trabajador al ruido, considerando a tales efectos las medidas previstas en el artículo 4 del RD. 286/2006, de 10 de marzo.

La empresa comunicó que, en cumplimiento del último requerimiento, se acogió en la evaluación de riesgos como medidas preventivas el uso de protección, alegándose la imposibilidad de atenuar el ruido en origen por no tratarse de instalaciones propias y no poder cambiar al trabajador de lugar de trabajo por no existir en el centro de trabajo puestos alternativos sin exposición al ruido. No obstante, también comunicó a la Inspección de Trabajo que se había optado por la extinción del contrato del trabajador ante la imposibilidad de recolocación del mismo.

Los informes médicos emitidos anualmente desde el mes de febrero de 2006 al mes de febrero de 2011 por el servicio de prevención de la empresa habían concluido que el Sr. Pablo era apto para su trabajo. Este mismo servicio de prevención empresarial emitió informe el mes de septiembre de 2011 donde concluía que el Sr. Pablo no era apto para realizar todas aquellas tareas que supongan estar expuesto profesionalmente a ruido ambiental por encima de 80 dB A, de acuerdo con el requerimiento de la Inspección de Trabajo que le cataloga como personal de especial sensibilidad.

Cuestión a debate:

Hasta dónde alcanzan las obligaciones preventivas de la empresa derivadas del artículo 25 LPRL: ¿cabe exigir a la empresa el cambio de puesto de trabajo?

Fundamentos jurídicos:

En el caso concreto, ante los indicios aportados, la empresa no acredita la justificación de la medida extintiva adoptada, por cuanto que la ineptitud sobrevenida del trabajador no se puede justificar poniendo en relación su categoría profesional y las lesiones auditivas que padece, ya que la valoración de los servicios sanitarios no llegan a la conclusión de que se trata de una persona inválida para su profesión u oficio, sino tal y como dice la ITSS y el centro de salud de la Generalitat, se trata de un trabajador especialmente sensible al riesgo de ruido. La empresa no ha acreditado que no tenga otro lugar de trabajo de su categoría, sino únicamente que el ruido del centro supera los 87 dBA. Per tanto, lo que resulta es que la actuación de la empresa no se ajusta a las normas de prevención respecto al trabajador más sensible, sencillamente lo despide.

El artículo 14-2 de la LPRL indica que el empresario debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A tales efectos, se obliga a las empresas a realizar la prevención de riesgos y a evaluar los riesgos para la salud de los trabajadores. El artículo 25 LPRL dispone que el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Razón de la que se deriva la prohibición de adscribirlos a aquellos trabajos incompatibles con su especial sensibilidad. De este modo, si los resultados de la evaluación ponen de manifiesto la existencia de situaciones de riesgo, el empresario ha de llevar a cabo las actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir los riesgos. (…) Por otro lado, hay que referirse al principio de adaptación del trabajo a la persona, en la medida en que impone al empresario la obligación de tener en cuenta la especial sensibilidad de determinados trabajadores para establecer medidas de prevención especialmente intensas, que se superponen o que simplemente intensifican las normas generales o plan general de prevención en la empresa.

Las referidas obligaciones no han sido respetadas por la empresa, ya que, evaluado el riesgo auditivo, y atendiendo a las enfermedades que sufre el trabajador, en lugar de adoptar las medidas preventivas oportunas, que si no podían eliminar o disminuir el riesgo de ruido, exigían trasladar al trabajador del centro de trabajo, la empresa decide despedirlo.

La calificación de trabajador especialmente sensible a los riesgos no es equiparable a la ineptitud sobrevenida, sino que la sensibilidad al riesgo obliga a la empresa a adoptar unas medidas de prevención, mientras que la prevención en el caso de ineptitud no es posible, ya que se trata de una situación de imposibilidad de realizar las tareas esenciales del lugar de trabajo o de la categoría profesional. Ni el informe de la ITSS ni el del Centro de seguridad y salud del trabajo, justifican la decisión de declarar la ineptitud sobrevenida del trabajador. Por tanto, no

se puede valorar que tenga ineptitud para realizar sus funciones, sino que se trata de un trabajador especialmente sensible al riesgo de ruido; valoración que obligaba a la empresa a trasladarlo a un lugar de trabajo sin el elevado riesgo que se ha valorado, o a la adopción de nuevas medidas para disminuir el ruido ambiental.

90. En los últimos años ¿puede percibirse una tendencia en nuestros órganos judiciales restringiendo el recurso al despido?

Sí.

Pese a que es difícil establecer qué línea de tendencia resulta mayoritaria en la práctica, es lo cierto que, **en los últimos años, parece apuntar como mayoritaria la tesis en cuya virtud la declaración de "no apto/a" no permite la automática extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida, sino que se requiere que el empresario acredite previamente que la adaptación del puesto de trabajo o el cambio de puesto de trabajo no fue objetivamente posible**.

91. En suma, con carácter previo a la extinción ¿debería existir un deber empresarial de adaptar las condiciones de trabajo o de cambiar el puesto de trabajo?

Sí, debería ser así.

En nuestra opinión, seguramente ésta sea la pregunta más relevante de todas las que se incluyen en este apartado. Y seguramente lo es porque la respuesta resulta insatisfactoria.

Desde un punto de vista **estrictamente legal**, el artículo 25 de la LPRL **no concreta** ni impone específicamente la adopción de medidas de movilidad funcional o, dicho de otro modo, un cambio de puesto de trabajo.

Tratándose de **personas trabajadoras con discapacidad**, es lo cierto que la **Directiva 2000/78/CE,** en la interpretación dada por el TJUE, **exige que a nivel empresarial se lleven a cabo "ajustes razonables", debiéndose interpretar este concepto en sentido amplio, tal y como se analizó anteriormente**. Ahora bien, conviene subrayar que **nuestra normativa interna** – en materia preventiva y en materia de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad - **no impone expresamente el cambio de puesto de trabajo en estos casos**, salvo en los supuestos de trabajadores con discapacidad reconocida afectos de una incapacidad permanente parcial, de modo que esa falta de concreción normativa ha dado pie a interpretaciones diversas y ha llevado a la doctrina judicial a posiciones dispares y contradictorias.

En todo caso, **con la STJUE de 11 de abril de 2013 (asunto Ring) en la mano, parece defendible** –

se insiste – incluir dentro del concepto de "ajustes razonables" **no sólo la adaptación del puesto de trabajo sino también, en su caso, los cambios de puesto de trabajo**. Resulta por ello muy recomendable que la negociación colectiva aborde con detalle los cambios de puesto de trabajo y funciones en los casos de ineptitud sobrevenida, haciendo primar la conservación del empleo frente a la extinción del contrato.

C.4.2. Por bajas laborales justificadas: el despido por absentismo

92. ¿Es posible el despido por absentismo?

Sí.

El artículo 52 d) ET establece que el contrató podrá extinguirse:

"*Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, 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, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.*

Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave".

93. ¿De qué manera hay que valorar el absentismo de una persona con discapacidad?

Tratándose de una persona trabajadora que padezca una discapacidad, las bajas laborales por enfermedad no podrán computarse a efectos de llevar a cabo un despido por absentismo cuando esas bajas sean consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE. Así lo ha establecido claramente el TJUE en su tan citada sentencia de 11 de abril de 2013 (asunto Ring).

Por otro lado, **el TJUE precisa que, en los casos en que las bajas no sean imputables al incumplimiento empresarial de adoptar ajustes razonables, sino que deriven total o parcialmente de la discapacidad del trabajador, el despido por absentismo puede suponer igualmente una discriminación indirecta para las personas con discapacidad**, en la medida en que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de padecer enfermedades relacionadas con su discapacidad, y, por tanto, al riesgo de padecer más bajas laborales que un trabajador sin discapacidad.

Desde esta perspectiva, la regla del artículo 52 d) ET puede suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad. Con todo, es preciso examinar si esta diferencia de trato puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y si no exceden de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por el legislador.

En el caso que nos ocupa – valoración de la normativa española -, la conclusión no es fácil. Podría considerarse que el despido por absentismo permite alcanzar, por un lado, el objetivo de permitir la contratación y el mantenimiento en el empleo de personas que tengan, al menos potencialmente, una capacidad de trabajo reducida y, por otro lado, el objetivo superior de un mercado de trabajo flexible, alcanzando un equilibrio razonable entre los intereses opuestos del empleado y del empleador en lo que atañe a las bajas por enfermedad. Estos objetivos, a juicio del TJUE, son legítimos, si bien no debe ignorarse el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado. El TJUE concluye en este punto que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar la proporcionalidad de la medida.

Aplicando las citadas pautas interpretativas a la valoración del artículo 52 d) ET, entendemos que **el legislador español debería diferenciar entre las bajas laborales derivadas en todo o en parte de la discapacidad de una persona, del resto de bajas laborales, a efectos de establecer, al menos, diferentes porcentajes de ausencias computables en uno y otro caso**. Cierto es que el despido por absentismo persigue una finalidad legítima cual es la de garantizar la productividad de los recursos humanos de la empresa, tratando de alcanzar un equilibrio razonable entre los intereses contrapuestos de empleadores y trabajadores. Sin embargo, la norma se aplica de forma indiscriminada a todo tipo de bajas y penaliza, por tanto, a las personas con discapacidad que tienen más riesgo de padecer enfermedades relacionadas con su discapacidad, sin que se atenúe en estos casos el lindero de faltas computables.

Esta "penalización" resulta aún más evidente con la nueva regulación de la figura resultante de la reforma laboral de 2012, por cuanto se ha eliminado la referencia al índice colectivo de absentismo, que sin duda permitió una aplicación más matizada, o, dicho de otro modo, menos indiscriminada, de la figura del despido por faltas justificadas al trabajo.

Es por ello que cabe concluir **que el artículo 52 d) ET debe interpretarse en el sentido de que no permite incluir en la actualidad las bajas laborales derivadas de enfermedades asimilables a la discapacidad.**

En línea con la interpretación que acabamos de defender se sitúa la Sentencia del **Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona**, cuyo ponente es el Magistrado Joan Agustí i Maragall.

Ejemplo de sentencia que considera no computables a efectos del art. 52 d) ET las bajas laborales derivadas de enfermedades asimilables a discapacidad. SJS núm. 33 de Barcelona, de 17 de septiembre de 2013 (sentencia núm. 339/2013)

Hechos:

La trabajadora fue contratada por empresa en fecha de 20 de septiembre de 2007, con la categoría profesional de "trabajadora familiar", para prestar servicios en el SAD Sant Vicenç dels Horts, a jornada completa, de 37 horas semanales.
En fecha de 1 de enero de 2012, recibió, como el resto de trabajadores adscritos al citado centro de trabajo, comunicación de la empresa informándole de la subrogación en su relación laboral con respeto de todas sus condiciones laborales.

En el momento de esta subrogación, la trabajadora informó a la empresa que padecía migraña crónica. Esta enfermedad, bajo el diagnóstico de "*migraña con aura episódica pero incapacitante*", diagnosticada el año 2003, le es tratada en el Servicio de Neurología del Hospital de Sant Joan de Deu, que en fecha de 24 de agosto de 2012 informaba de que en aquel momento "*presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante*", con la siguiente descripción: "*Malaltia actual: Seguida en NRL desde abr/2009 a abr/10 en ccee de NRL por migrañas desde aprox 2003. Duraban 2-3 días y presentaba 2-3 epis/mes. Buena respuesta a Triptanes (Almignur, almotriptan). TAC normal. Se inició solgol en sept/09 con buena respuesta pero reaparición del dolor al iniciar el descenso tras 4 meses de tto a dosis plenas. Se volvió a subir la dosis pero se perdieron las visitas de control. Durante este tiempo ha estado tomando solglo a temporadas, con buena respuesta pero explica hipotensión como efecto secundario. Ahora presenta crisis con una frecuencia mensual pero incapacitante. Refiere parestesias en ESD antes de la migraña pero también sin ella (patología cervical).*"

En fecha de 28 de mayo de 2013, y con efectos de 12 de junio de 2013, le fue notificado despido por causas objetivas con invocación del articulo 52 d) ET con base en los siguientes hechos: *"Desde el 29 de marzo de 2013 hasta el día 27 de mayo de 2013 acumula usted un total de 15 días de ausencia, correspondientes a las siguientes faltas de asistencia al trabajo, tanto justificadas como sin justificar:*

Día	*Tiempo de ausencia*	*Motivo ausencia*
08/04/2013	*1 días*	*Baja enfermedad común*
18/04/2013 a 26/04/2013	*7 días*	*Baja enfermedad común*
29/04/2013	*1 día*	*Indisposición*
03/05/2013	*1 día*	*Baja enfermedad común*
07/05/2013 a 10/05/2013	*4 días*	*Baja enfermedad común*
21/05/2013	*1 día*	*Baja enfermedad común*

Dichas ausencias suponen un 38,46% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, ya que desde el 29 de marzo de 2013 hasta el 27 de mayo de 2013 usted tenía planificadas un total de 288,6 horas de trabajo, correspondientes a 39 días de trabajo. Así mismo, las ausencias de los últimos doce meses, a computar desde el 28 de mayo de 2012 hasta el 27 de mayo de 2013, corresponden a un 14,67% de las jornadas hábiles, ya que usted tenía planificadas 1.665 horas de trabajo, correspondientes a 225 días de trabajo.

Tal y como usted conoce perfectamente, el sistema de trabajo establecido en el servicio se basa en una planificación de los servicios en la que se estipulan previamente los horarios en que los usuarios serán atendidos según sus necesidades. Cualquier ausencia en la prestación del servicio puede causar un cambio en el nivel de atención recibido por parte del usuario e incluso significar una alteración o perturbación en sus rutinas."

Todas las bajas médicas especificadas a la comunicación extintiva responden al diagnóstico de "migraña", excepto la del 7 al 10 de mayo de 2013, que fue por "faringitis aguda".

Cuestión a debate:

La principal cuestión a debate consiste en determinar si las bajas laborales derivadas de la enfermedad de la trabajadora son o no computables a efectos del despido por absentismo previsto en el art. 52 d) ET.

Fundamentos jurídicos:

La STJUE Ring obliga a una interpretación del actual art. 52 d) ET que se adapte a este concepto ampliado de "discapacidad" y, por tanto, también al mayor ámbito de protección antidiscriminatoria de la Directiva 2000/78 y, específicamente, a la prohibición de despedir "por causa de discapacidad" que deriva del art. 2.2 b9 de la Directiva, cuando dispone que "*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas ...con una discapacidad...respecto de otras personas".*

Ello obliga a interpretar que entre las ausencias justificadas no podrán ser computadas las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades que, por su larga duración y la limitación que comportan, hayan de ser incluidas en este concepto ampliado de "discapacidad".

El único obstáculo posible a esta interpretación sería que entrase en juego la excepción prevista en el mismo art. 2.2 de la Directiva, en el epígrafe i): "*salvo....que dicha disposición....pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios".*

En este punto, conviene recordar que la causa extintiva regulada en el art. 52 d) ET fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por una norma preconstitucional, como es el RDL 17/77 y, por tanto, y ya sólo por una razón estrictamente cronológica, a diferencia de lo que parece desprenderse de la norma danesa analizada por la STJUE "Ring" de 11 de abril de 2013, no responde en absoluto a una intencionalidad incentivadora de la contratación de personas con discapacidad (ni siquiera favoreciendo un ulterior despido, como razona el gobierno danés). Por el contrario, la finalidad de la norma, según la jurisprudencia, es "*la de permitir a la empresa librarse de los absentistas profesionales cuyo fraude es de prueba prácticamente imposible»* (STSJ de Castilla y León [Valladolid] de 12.2.2002) o "*penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos"* (STSJ de Catalunya de 9.4.1).

En todo caso, resulta evidente que aunque se admitiese la legitimidad de las dos finalidades expuestas (facilitar la extinción contractual del "absentista profesional" y del trabajador poco productivo), en ningún caso se podría admitir que "*los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios"*, ya que difícilmente podrían justificar una norma que habilita, indiscriminadamente, para despedir – también - a los trabajadores en situación de baja por enfermedad y/o discapacidad (en el concepto amplio ya expuesto) que, en su inmensa mayoría, no tiene aquella finalidad absentista.

Por tanto, y a modo de conclusión: la reciente STJUE de 11 de abril de 2013 obliga a reinterpretar el art. 52 d) ET de manera que evite que su aplicación perjudique manifiestamente a los trabajadores que padecen una enfermedad de larga duración y que provoca limitaciones (enfermedad que se ha de considerar discapacidad, desde la perspectiva de la Directiva 2000/78), dado el riesgo evidente de causar un mayor número de situaciones de incapacidad temporal (con el correspondiente incremento de la posibilidad de ser despedidas). Y esta necesaria interpretación pasa necesariamente por concluir que las situaciones de incapacidad temporal derivadas de este tipo de enfermedades no

puedan ser computadas a efectos del art. 52 d) ET, al derivar de "discapacidad", en la dimensión comunitaria del término.

Es por ello que la Sentencia declara nula la extinción contractual por discriminatoria.

D. Derecho preferente al cambio de centro de trabajo por motivos de salud

94. ¿Es posible el cambio de centro de trabajo por motivos de salud?

Sí.

Es preciso referirse a la Ley 3/2012, en la medida en que añade un párrafo 3.ter al artículo 40 ET según el cual "[p]*ara hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para los trabajadores víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo*."

La finalidad legal es la de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de protección a la salud de las personas con discapacidad pero desvinculando tal derecho del ámbito de la prevención de riesgos laborales. Esto es, **el derecho al cambio de centro de trabajo por motivos de salud no se relaciona con los riesgos derivados del puesto y lugar de trabajo sino que obedece a la necesidad de recibir "ad extra" de la empresa un tratamiento de rehabilitación relacionado con la discapacidad de la persona trabajadora, tenga ésta incidencia o no sobre los riesgos del puesto de trabajo que venía ocupando en el centro de origen**.

CAPÍTULO IV.

Responsabilidades derivadas del incumplimiento de las previsiones normativas en materia de personas trabajadoras con discapacidad en cuanto TES

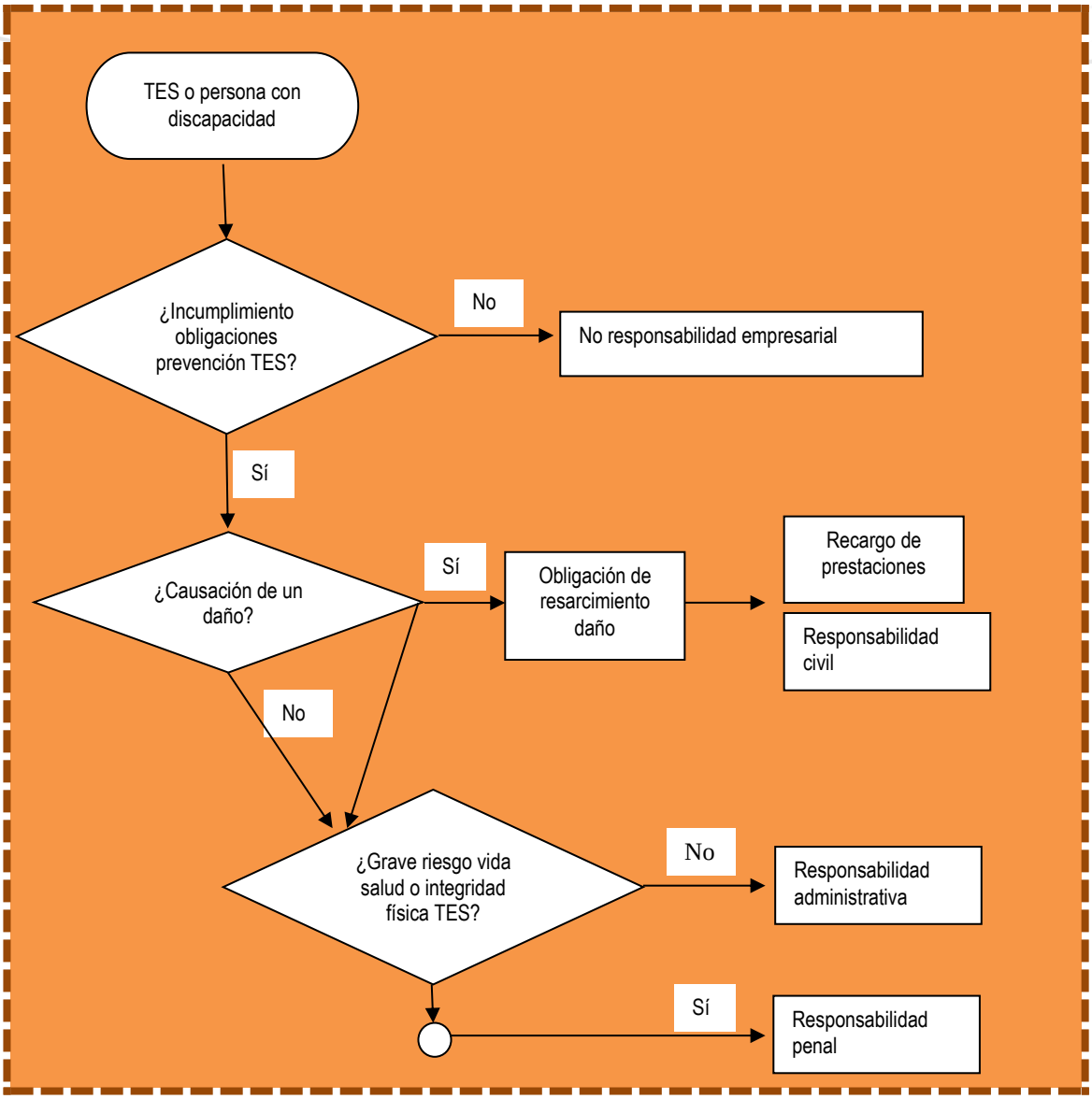
95. ¿Qué tipos de responsabilidades se pueden derivar del incumplimiento de la normativa en materia de TES?

Ejemplo: *Imaginemos que un trabajador que ha estado 10 meses de baja por depresión causada por una situación de acoso laboral, es dado de alta, retorna a su puesto, lugar y condiciones de trabajo sin que la empresa haya eliminado, ni controlado el riesgo y, tras unos días, dicho trabajador se suicida. A ojos de la mayoría de los lectores, difícilmente cabría concluir que la empresa ha actuado de manera adecuada en este supuesto.*

Pues bien, del caso expuesto o ante cualquier otro supuesto que implique el incumplimiento de la normativa preventiva con relación a los TES podrían derivarse dos responsabilidades claramente públicas: la penal y la administrativa, una privada – la responsabilidad civil - , y finalmente una de naturaleza mixta (pública y privada), como es el recargo de prestaciones[17].

Sin perjuicio de su estudio detallado en las páginas siguientes, a continuación se adjunta un diagrama de flujo a modo de resumen de las distintas responsabilidades a las que puede dar lugar el incumplimiento, por parte del empresario, de sus obligaciones de prevención en materia de TES:

17 Por responsabilidades públicas (penal y administrativa) cabe entender aquéllas que nos son asegurables, en cambio las privadas (civil), sí lo son. El recargo de prestaciones tiene, como se explicará seguidamente, una naturaleza pública y privada a la vez.



A. Responsabilidad penal

96. ¿Cuál es la finalidad que persigue satisfacer la responsabilidad penal que cabría imponer al empresario ante un incumplimiento en materia de TES?

La finalidad principal que trata de satisfacer la responsabilidad penal derivada de un incumplimiento en materia de TES no es otro que la **protección de una serie de derechos fundamentales y esenciales** de la persona tales como son la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores.

En este contexto es cierto que cabría decir que *"todo accidente de trabajo genera una afectación a la vida, salud e integridad física de un trabajador"* y, consiguientemente, siempre sería susceptible

de ser sancionable penalmente, pero la responsabilidad penal ha de concebirse como la respuesta más contundente que puede establecerse por un ordenamiento jurídico contra un incumplimiento (función de *ultima ratio*).

En otras palabras, en todo estado democrático, técnicamente, **la responsabilidad penal no puede convertirse** – ni de hecho, ni de derecho - **en una respuesta habitual, común u ordinaria ante cualquier infracción de la normativa preventiva**, sino que ha de configurarse como una responsabilidad que debe actuar ante aquellas infracciones que sean especialmente graves.

97. En caso de que el incumplimiento empresarial en materia de TES aún no haya generado un daño para el trabajador (enfermedad) ¿es posible la existencia de responsabilidad penal?

Sí.

Aún sin resultado lesivo o dañoso para el trabajador, podríamos estar ante lo que se denomina un **delito de riesgo**.

El Código Penal español vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) regula en los artículos 316 y 317 los delitos específicos que pueden producirse en materia de seguridad y salud laboral.

Sin duda, un hecho diferencial de la regulación penal española lo constituye la previsión de un "delito de riesgo" en materia de seguridad y salud laboral.

En efecto, la reforma del Código Penal en el año 1995 incorporó como una de las novedades más relevantes la previsión de un delito de riesgo en materia de seguridad y salud laboral.

Esto es, **para que surja una responsabilidad penal no se requiere que el incumplimiento doloso o negligente del sujeto responsable haya provocado un accidente** más o menos grave de un trabajador, sino que lo que se exige es que el incumplimiento *"ponga así en peligro grave su vida, salud o integridad física".*

De tal forma que para que se consuma el delito se **requiere la generación de un peligro grave y concreto** para los bienes jurídicos objeto de protección, por lo que nos encontramos ante un delito de los denominados "*de riesgo*" y no "*de resultado*".

Lo anterior no quiere decir que no exista respuesta penal ante la producción de un resultado, sino que la singularidad en materia de seguridad y salud laboral es precisamente la tipificación de un delito de riesgo, más allá de la respuesta jurídica ante los delitos de resultado, dado que cuando ese riesgo creado por un incumplimiento se materialice en una lesión para la vida, la integridad física o la salud de un trabajador, concurrirá además —ya se verá con qué alcance— la responsabilidad penal tipificada en los delitos de homicidio o lesiones por imprudencia a que se hacía referencia anteriormente.

En este punto, sin duda, la configuración de la infracción, es considerablemente amplia, al referirse a la no facilitación de *"los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas".*

En nuestra opinión, en el caso expuesto como ejemplo, la facilitación o no de medios se vincularía con el hecho de haber realizado o no una adecuada actuación preventiva a partir de la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo.

98. ¿En qué sanciones podría incurrir el empresario por un delito de riesgo en materia de TES?

Las sanciones penalmente posibles se estructuran en función de que la infracción se haya producido como consecuencia de una actuación dolosa (art. 316) o por imprudencia grave (317). La primera puede sancionarse con **"seis meses a 3 años de prisión" más una multa de 6 meses a 12 meses**. Ésta última debe contabilizarse en función de una cantidad de dinero por día-multa que podría alcanzar como máximo los 108182,17 euros.

Si la actuación ha tenido lugar por imprudencia grave, la pena de prisión puede oscilar entre 3 y 6 meses. Una sanción que con el actual Código Penal puede sustituirse por arrestos de fin de semana. La multa también podrá variar entre 3 y 6 meses.

99. ¿Qué tipos delictivos se prevén para cuando se produce un resultado (=daño) derivado de no proceder de manera correcta en materia de TES?

Como se adelantaba, de haberse producido un resultado, deberemos diferenciar las situaciones en las que nos encontremos ante un delito, de aquellas en las que estemos ante una falta.

Así, con relación al delito, cabe diferenciar:

- ✓ El delito de homicidio imprudente (art. 142.1 CP), castigado con pena de prisión de uno a cuatro años, además de la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años (art. 142.3 CP) para el supuesto de que se trate de imprudencia profesional,
- ✓ El delito de lesiones por imprudencia grave, respecto del que la pena a imponer estará en función del alcance de las lesiones, exigiéndose, en todo caso, para que sea delito, que la lesión requiera objetivamente además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. En cualquier caso, las penas previstas abarcan un catálogo que va desde los tres meses a dos años para los supuestos del art. 147.1 CP y 147.2 y de seis a doce años para los casos más graves de pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o de deformidad (art. 149 y 150).

A las penas anteriormente apuntadas habrá que añadir la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años en el supuesto de tratarse de imprudencia profesional (152.3).

No obstante lo anterior, un elemento en la práctica de enorme trascendencia es que a los efectos de ejecución de una eventual sentencia condenatoria, hay que tener en cuenta la posibilidad que se reconoce en el ordenamiento jurídico penal español de obtener la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años cuando se den los requisitos que establece la ley (art. 80 y 81 C).

No estaremos ante un delito sino una falta (infracción criminal leve) cuando, de acuerdo con lo previsto en el artículo 621 CP se produzca:

- ✓ Una imprudencia grave con resultado de lesiones que no requieran tratamiento médico o quirúrgico, castigada con una multa de uno a dos meses;
- ✓ Una imprudencia leve que cause la muerte de otra persona, castigada con una multa de uno a dos meses o una imprudencia leve causante de lesión grave (constitutiva de delito), castigada en este caso con multa de quince a treinta días.

En cualquier caso, al encontrarnos ante un resultado dañoso fruto de un comportamiento "imprudente", habrá de valorarse desde el punto de vista penal tanto el deber de cuidado como el concepto de riesgo no permitido que ha provocado dicho resultado dañoso (lesiones o muerte).

En definitiva, la acusación habrá de probar que el sujeto responsable violó su deber jurídico de garante, excluyendo o aminorando la responsabilidad, según los casos, si existió caso fortuito o fuerza mayor y, excepcionalmente, culpa exclusiva de la víctima o de otro profesional, así como cuando el resultado hubiese sido exactamente el mismo aunque el sujeto responsable no hubiera incurrido en incumplimiento alguno, de acuerdo con el principio de la imputación objetiva del resultado.

100. ¿Es el empresario el sujeto principalmente responsable penal ante un incumplimiento en materia de TES?

Con carácter general y en la actualidad, **sí.**

El Código Penal español no se fija en la condición de *"empresario"* para establecer la responsabilidad penal derivada de un incumplimiento en materia de seguridad y salud laboral, sino que – como se adelantaba - lo que pretende es identificar *"quién"* ha *"infringido una norma de prevención"* estando *"legalmente obligado"* a cumplirla (haciendo o no haciendo algo).

En este sentido, **si el sujeto que más obligaciones tiene que cumplir en materia de prevención es el empresario respecto de sus trabajadores, no cabe duda que será él quien más posibilidades tenga de ser responsable penal**. En este punto, recuérdese como el artículo 14.2 de la LPRL concibe al empresario como el responsable directo y principal en esta materia: *"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".*

En cuanto a la responsabilidad de las personas jurídicas, hay que tener en cuenta que el artículo 318 del Código Penal establece que *"Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quien, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".*

101. Los técnicos o responsables de prevención ¿pueden ser responsables penales por el incumplimiento de las obligaciones en materia de TES?

Sí.

Junto al empresario pueden ser responsables de forma alternativa o acumulativa otros sujetos a los que la normativa preventiva también sitúa en una posición de garantes de la prevención, esto es, personas "legalmente obligadas" a cumplir determinadas obligaciones normativas, singularmente los "especialistas" en materia de seguridad y salud laboral: trabajadores designados, técnicos de prevención que formen parte del servicio de prevención propio o del ajeno, coordinadores en materia de seguridad y salud laboral (construcción), y los recursos preventivos.

Así, si con relación al supuesto que analizamos, la incorrecta ejecución de las medidas de prevención se deben a una inadecuada actuación de los técnicos o responsables de prevención, lógicamente podrá incurrir – junto al empresario o no, dependiendo de las circunstancias – en alguno de los supuestos de responsabilidad penal analizados.

102. Los representantes de los trabajadores ¿pueden ser responsables penales por el incumplimiento de las obligaciones en materia de TES?

Con carácter general, **no.**

En nuestra opinión, es difícil imaginar un supuesto en que el delito de peligro o el delito o infracción de resultado se deba a la actuación de los representantes de los trabajadores. Por lo tanto, la respuesta es negativa.

103. Los trabajadores ¿pueden ser responsables penales por el incumplimiento de las obligaciones en materia de TES?

Con carácter general, **no.**

Al igual que sucede con los representantes de los trabajadores, en mi opinión, es difícil imaginar un supuesto en que el delito de peligro o el delito o infracción de resultado se deba a la actuación de los trabajadores. Por lo tanto, la respuesta es negativa.

B. Responsabilidad administrativa

104. ¿Cuál es la finalidad que persigue satisfacer la responsabilidad administrativa?

La finalidad de la responsabilidad administrativa instituida en el ordenamiento jurídico español es clara. Por una parte se trata de **garantizar la posición de la Administración Pública como garante último de la existencia de una efectiva "seguridad e higiene en el trabajo",** tal y como nos indica expresamente el artículo 40.2 de la Constitución Española. Así como, por otra, se **garantiza el interés general de que dicha normativa se cumpla.**

105. En la actualidad ¿dónde se encuentra regulada la responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud laboral?

En concreto, desde el año 2004, las infracciones y sanciones administrativas en materia de seguridad y salud laboral se regulan en los artículos 11 a 13 (infracciones en materia de prevención de riesgos laborales) 18 y 19 (ETTs y EUs) y 39 a 42 (Responsabilidades y sanciones) del **TRLISOS**.

Una regulación que ha sido objeto de modificación recientemente mediante la incorporación de una serie de infracciones relativas a la subcontratación en el sector de la construcción (Ley 32/2006) y en cuanto a la cuantía – actualización - de las sanciones (RD 306/2007).

106. Ante un incumplimiento en materia de TES ¿Quién ostenta la condición de sujeto responsable?

Desde la perspectiva subjetiva, debe afirmarse que es el **empresario** quien normalmente incurrirá en este tipo de responsabilidad. Y decimos “normalmente” porque es posible que otros sujetos que intervienen – singularmente – como auxiliares de cumplimiento en materia de seguridad y salud laboral (entre otros: servicios de prevención ajenos, las entidades auditoras o las empresas de formación) puedan ser igualmente responsables.

En cualquier caso y a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad penal, e incluso con relación a la responsabilidad administrativa en otros ordenamientos jurídicos (*ad. Exemplum*: Alemania) la ley española no reconoce como sujeto responsable administrativo al trabajador.

107. ¿Cuál es el alcance de las diferentes responsabilidades administrativas?

En lo que respecta a la sistematización de las infracciones administrativas, la misma se hace diferenciando las leves de las graves y de las muy graves.

Las **leves** (art. 11) se caracterizan por referirse a incumplimientos que no generan un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores y, normalmente están relacionadas con incumplimientos formales (falta de limpieza del centro de trabajo que no derive en riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores, no informar a la autoridad laboral de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales leves, no comunicar apertura de centro de trabajo, no disponer de libro de subcontratación en la obra de la construcción, ...).

Las **graves** (art. 12) son, sin duda, el grueso de infracciones tipificadas, abarcando – lógicamente – la mayoría de obligaciones preventivas.

Las **muy graves** (art. 13), que han sufrido una considerable ampliación a través de la Ley 54/2003 y la Ley 32/2006, normalmente vienen referidas al incumplimiento de las obligaciones referidas a los trabajadores especialmente sensibles (arts. 26 a 28 LPRL) o a las situaciones de especial riesgo (situaciones de emergencia, riesgo grave e inminente, pluralidad de empresarios, construcción...).

108. En concreto, en materia de TES ¿Cuáles son las infracciones administrativas que se prevén?

Fundamentalmente dos:

- ✓ **Infracción grave:** La adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.
- ✓ **Infracción muy grave:** La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

109. ¿Cuál es la cuantía económica de las sanciones administrativas?

De conformidad con ello, y este es un factor clave en la comparación con otros ordenamientos jurídicos, la importancia de la responsabilidad administrativa en nuestro sistema de responsabilidades es muy remarcable, debiendo destacarse la progresiva ampliación del ámbito de actuación de esta respuesta jurídica ante incumplimientos en materia de seguridad y salud laboral. Todo ello a la par de una progresiva ampliación de las obligaciones preventivas.

En esta línea debe enmarcase la última reforma normativa afectante a la cuantía de las sanciones, por cuanto si con anterioridad a la reforma operada por el RD 306/2007 las sanciones oscilaban entre los 30,05 y los 601.012,10 euros, en la actualidad los baremos mínimos y máximos oscilan entre los 40 y los 819.780 euros. Esto es, produciéndose un aumento de más del 35% en la sanción económica máxima posible.

INFRACCIÓN	SANCIÓN
Leve	en su grado mínimo, con multa de 40 a 405 euros; en su grado medio, de 406 a 815 euros; y en su grado máximo, de 816 a 2.045 euros.
Grave	en su grado mínimo, de 2.046 a 8.195 euros; en su grado medio, de 8.196 a 20.490 euros; y en su grado máximo, de 20.491 a 40.985 euros.
Muy Grave	en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros.

Tabla 1. Tipos de sanciones (Art. 49 LPRL) según la infracción

110. ¿Cuáles son los criterios que se utilizan para graduar las sanciones administrativas y su cuantificación económica?

Los grados mínimo, medio o máximo de las sanciones dependerán de una serie de criterios apreciables por la Autoridad Administrativa Laboral y que se enumeran en el artículo 39 del TRLISOS:

a) la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo;

b) el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades;

c) la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias;

d) el número de trabajadores afectados;

e) las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos;

f) el incumplimiento de la advertencia o los requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social;

g) la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los Delegados de Prevención o el Comité de Seguridad y Salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes; y, finalmente,

h) la conducta general de seguridad por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

De conformidad con ello, es evidente que en la configuración del derecho administrativo sancionador español existe una **casi nula permeabilidad a factores tan relevantes desde la perspectiva punitiva en esta materia como el grado de cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral**, esto es, en la relación existente entre el índice de incidencia de siniestralidad de la empresa en cuestión y el del sector o subsector en que se haya insita.

De tal forma que nuestro derecho administrativo sancionador se caracteriza por una marcada insensibilidad con relación al nivel efectivo de siniestralidad y, por tanto, de cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral. Al igual que termina por simplificar su aplicación objetivando todo tipo de responsabilidad, lo que finalmente está generando una clara tendencia en la actuación de los distintos agentes intervinientes, más que a cumplir la normativa, a evitar las responsabilidades públicas.

C. Responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones de seguridad social

111. ¿En qué supuestos el empresario puede ser responsable del pago de la prestación de seguridad social que se derive de un daño causado por el incumplimiento en materia de TES?

El artículo 197 de la LGSS dispone que el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos en los casos de enfermedades profesionales, la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora.

112. ¿En qué responsabilidades puede incurrir la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en caso de incumplir sus obligaciones en materia de TES?

De conformidad con lo establecido en el primer apartado del artículo 197 de la LGSS las entidades gestoras y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social están obligadas, antes de tomar a su cargo la protección por accidente de trabajo y enfermedad profesional del personal empleado en industrias con riesgo específico de esta última contingencia, a conocer el certificado del reconocimiento médico previo en el caso de enfermedades profesionales. De igual forma deberán conocer las entidades mencionadas los resultados de los reconocimientos médicos periódicos.

El incumplimiento de las obligaciones anteriormente citadas haría incurrir a la Mutua en las siguientes responsabilidades:

- ✓ Obligación de ingresar a favor de los fines generales de prevención y rehabilitación, a que se refiere el artículo 73 de la presente Ley, el importe de las primas percibidas, con un recargo que podrá llegar al 100% de dicho importe.
- ✓ Obligación de ingresar, con el destino antes fijado, una cantidad igual a la que equivalgan las responsabilidades a cargo de la empresa, en los supuestos a que se refiere el apartado anterior de este artículo, incluyéndose entre tales responsabilidades las que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123 de esta Ley.
- ✓ Anulación, en caso de reincidencia, de la autorización para colaborar en la gestión.

D. Responsabilidades en materia de recargo de prestaciones de la seguridad social

113. ¿Qué es el recargo de prestaciones?

Como es conocido, todo trabajador que sufre un Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional (AT/EP) tiene derecho a recibir una prestación pública de la Seguridad Social que será más o menos importante en función, básicamente, de las cotizaciones realizadas y de las lesiones profesionales que se hayan derivado del propio siniestro.

No obstante lo anterior, en el ordenamiento jurídico español se regula una figura realmente atípica si nos comparamos con otros ordenamientos jurídicos: el recargo de prestaciones.

Según lo establecido en el artículo 123 del TRLGSS *"todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán según la*

gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características de la edad, sexo y demás condiciones de trabajo".

114. ¿Cuál es el significado y la finalidad del recargo de prestaciones?

El recargo surgió en España como un mecanismo que, fundado en una responsabilidad objetiva del empresario, establecía una compensación limitada de los daños derivados del accidente de trabajo tratando de mejorar la protección del trabajador dañado cuando se acredita la culpa del empresario.

Con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 se conseguía que los trabajadores lograran una protección rápida y relativamente segura frente a las situaciones de necesidad derivadas de los accidentes de trabajo, evitando las dificultades, casi insuperables, de la prueba de la culpa del empresario, a través de un costoso y largo proceso. Pero los empresarios conseguían, a su vez, la limitación de la reparación.

Y es que el inicial "principio de inmunidad" de nuestra regulación supone que quien percibe las indemnizaciones previstas en el sistema legal de responsabilidad objetiva por accidente trabajo no puede ejercitar la acción civil por culpa para la reparación del daño.

El problema evidente que genera esta situación es que, con ella, la víctima pierde la diferencia entre el importe del daño total y el de la indemnización legal. Una pérdida en muchas ocasiones importante, incluso cuando el sistema de indemnizaciones legales (prestaciones de seguridad social) tiene en cuenta el grado de cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral de la empresa. Situación (=bonus malus) que, por otra parte, no sucede en España, a diferencia de, singularmente, el ordenamiento jurídico francés (sobre esta cuestión, véase el siguiente apartado de propuestas de *lege ferenda*).

Esta pérdida era fácil justificarla por el carácter objetivo de la responsabilidad, pero era menos tolerable cuando el accidente de trabajo se había producido con infracción de las medidas de seguridad exigibles, es decir, cuando mediaba culpa del empresario. Por ello el surgimiento causal y justificado del recargo en nuestro ordenamiento jurídico. Así, con el recargo no se buscaba tanto

una reparación íntegra del daño, sino que simplemente se trataba de mejorar el equilibrio de compromiso entre intereses contrapuestos.

Pues bien, el anterior equilibrio se rompe cuando a partir de la Ley Articulada de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y luego en la LGSS se abandona el principio de inmunidad y se instaura un triple sistema de reparación que aún mantenemos (arts. 123.1 y 3, 127.3 TRLGSS y 42.3 LPRL):

- ✓ El recargo es compatible con las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo;
- ✓ Las prestaciones de seguridad social y el recargo son compatibles con la indemnización adicional por responsabilidad civil del empresario y
- ✓ Tanto el recargo como las prestaciones de seguridad social son compatibles con las sanciones administrativas y penales que puedan derivarse de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

De conformidad con ello y como se ha analizado, en el ordenamiento jurídico español se abren, por tanto, tres vías de indemnización:

1. Las prestaciones de Seguridad Social por accidente de trabajo, que actúan como un seguro de la responsabilidad objetiva del empresario;
2. El recargo de prestaciones, que responde a una responsabilidad específica por culpa del empresario, cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produce con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y
3. La responsabilidad civil adicional, que debería en teoría cubrir la diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente.

115. ¿Por qué se dice que el recargo de prestaciones tiene naturaleza pública y privada?

A diferencia de lo que sucede con el resto de las responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral, la del recargo es, seguramente, la de más difícil conceptuación, y es habitual observar como se la califica como una responsabilidad especial, extraordinaria o específica debido a su “doble naturaleza”.

En efecto, de un lado se le reconoce un carácter sancionador, punitivo o público, de ahí que se imponga por la Administración Laboral y se prohíba terminantemente que el empresario responsable pueda concertar un seguro que cubra esta responsabilidad. Pero, por otro lado, es una responsabilidad dirigida también al resarcimiento de los daños producidos en el trabajador como consecuencia de un incumplimiento empresarial de la normativa preventiva.

En suma, el recargo cumple una función coercitiva, sancionadora y resarcitoria. Por tanto, su naturaleza es pública, por cuanto constituye una pena patrimonial para el empresario que no puede ni transmitir (asegurar) ni compensar; y privada, ya que acrece la prestación a que tiene derecho el trabajador o sus derechohabientes.

116. En materia de TES, ¿cuáles son los requisitos para imponer un recargo de prestaciones?

En cuanto a su configuración, para que sea posible la imposición del recargo se requiere la existencia de un resultado, es decir, de un AT/EP, no siendo posible su actuación ante las infracciones de la normativa preventiva que generen meras situaciones de riesgo. Además, es preciso que el AT/EP sea consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, sea por infracción de alguna obligación concreta como por incumplimiento del deber genérico que a la protección eficaz de los trabajadores se impone al empresario en el artículo 14.1 de la LPRL.

Por último, al ser una sanción parcialmente punitiva y por su carácter inasegurable técnicamente exigiría la concurrencia de una negligencia empresarial por la que se haya producido el incumplimiento que haya generado un AT/EP. Negligencia como sería la explicada en el caso mediante el que estamos analizando todas estas responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral.

No obstante lo anterior, en la actualidad entendemos que los órganos judiciales están siendo muy proteccionistas en la valoración de los incumplimientos que dan origen a la imposición del recargo, pues en no pocos casos cuando existe un AT/EP se considera que ello ha sido debido a un incumplimiento como mínimo de aquélla obligación genérica, sin que se entre a valorar si tal infracción se ha producido por la imprudencia empresarial, modulándose – a lo sumo – dicha responsabilidad de apreciarse imprudencia del trabajador[18], siendo excepcionales los supuestos en los que ocurrido un accidente de trabajo no se aprecia infracción empresarial o la imprudencia del trabajador se valora como la única causa del accidente[19].

18 Por todas, STSJ de Castilla y León, de 27 de junio de 2007, AS. 2585.
19 Entre otras, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 4 de mayo de 2004, AS. 3625; y STSJ de Madrid, de 2 de abril de 2007.

En suma, cabe afirmar que la configuración judicial del recargo es de una responsabilidad cuasi-objetiva, sin que – como suele ocurrir cuando se trata de este tipo de responsabilidades – se permita (incluso se exija) su aseguramiento.

La posición actual de los tribunales, de seguir generalizándose generará que el empresario será siempre responsable de una sanción que no podrá ni evitar, dado que no resulta relevante si ha sido diligente o no, pues ocurriendo un AT/EP se le sanciona, ni asegurar. Consecuencias, ambas, que entendemos no benefician ni a la naturaleza punitiva, ni a la resarcitoria que parece debería cumplir el recargo tal y como lo hemos conceptuado normativa y judicialmente en nuestro ordenamiento jurídico.

E. Responsabilidad civil

117. ¿Cuál es la finalidad y justificación de la responsabilidad civil que se pueda derivar del incumplimiento de la normativa en materia de TES?

Como se ha ido observando, son múltiples las responsabilidades que se pueden derivar del incumplimiento de la normativa preventiva. Desde la perspectiva de las formas de compensar el daño derivado de un accidente de trabajo, el trabajador o su/s beneficiario/s podrán ser perceptores de las prestaciones públicas de la Seguridad Social, así como – eventualmente y como se ha analizado con anterioridad - del recargo que de tales prestaciones deba asumir el empresario. Sin embargo, es posible que tales cantidades no sean suficientes para resarcir del daño finalmente generado por el accidente de trabajo, siendo entonces cuando puede reclamarse la indemnización de daños y perjuicios.

Esto es, en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que sucede – como observaremos en el siguiente apartado – en otros países (léase Francia, Alemania o EE.UU), el recurso a la responsabilidad civil del empresario ante la producción de un daño derivado de un accidente de trabajo no se limita por el hecho de que el trabajador pueda percibir una mayor o menor prestación de seguridad social.

En efecto, los artículos 1101 y siguientes y 1902 y siguientes del Código Civil (CC) son los que regulan la reclamación de daños y perjuicios derivada de responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente. Así, el artículo 1101 dispone que "*Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor*

de aquéllas" y el artículo 1902 que *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".*

118. ¿De qué manera se valoran normalmente los daños derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional como consecuencia del incumplimiento de la normativa en materia de TES?

En cuanto a la valoración de los daños derivados de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, tanto la defensa de parte, como finalmente los tribunales españoles suelen recurrir – como criterio orientativo principal - a las pautas valorativas dispuestas en la normativa sobre daños causados a las personas por accidentes de circulación, esto es, para el 2007, a la resolución de 7 de enero de 2007, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2007, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En este punto, recuérdese que el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece que anualmente, con efectos de primero de enero de cada año, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias que se recogen en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios al consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior[20].

En este punto, la reciente STS de 11 de julio de 2007 (social, sala general), exige que la valoración de los daños derivados de un accidente de trabajo se haga de manera vertebrada "explicando y motivando cada uno de los daños y su valor". Para el Tribunal, esa valoración la puede facilitar el

[20] Así, por todas, la STS de 27 de noviembre de 2006 (RJ 9119), en la que se nos recuerda que "la doctrina de esta Sala no ha rechazado la posibilidad de tener en consideración, como criterio orientativo (que no de obligatoria observancia) para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación previstos en el Anexo a la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en orden a efectuar el cálculo correspondiente en supuestos distintos de los previstos en la norma. Así se contempla en la Sentencia de 26 de marzo de 1997 (RJ 1997, 1864), en la que se declara que la cuantificación de los daños y perjuicios ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional discrecionalmente, y por lo mismo escapa al control de casación, aunque ciertamente, la discrecionalidad con que en el ejercicio de la función de cuantificación actúan los Tribunales no impide que el órgano jurisdiccional acuda, como criterio orientativo, a lo consignado en un baremo, siendo también cierto que los órganos de instancia tan solo cumplirán estrictamente su función jurisdiccional cuando el resultado de la prueba permita, por su coincidencia relativa con los términos del baremo, aceptar lo consignado en el mismo, y cuando, por el contrario, las probanzas practicadas en juicio arrojen un resultado sensiblemente diferente de los términos que se recogen en el baremo, el juzgador de instancia deberá, en cumplimiento de su función jurisdiccional, y para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, recoger el resultado concreto de lo probado en autos, desdeñando la solución normativa que, por su carácter general, no se adapta a todos los casos contemplados en actuaciones judiciales. En la Sentencia de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 674), que menciona la de 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9883), esta Sala ha declarado que la jurisprudencia más reciente ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas de valoración, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del pretium doloris teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso".

sistema de valoración previsto para los accidentes de tráfico, afirmando que "si se dice que se sigue (dicha baremación) hay que razonar los motivos por los que no se respeta en un punto"

119. ¿De qué manera se coordina la responsabilidad civil con otras formas de compensar el daño derivado de accidente de trabajo?

En cuanto a la relación de coordinación entre las diferentes formas de compensar el daño, los tribunales españoles han determinado:

1. Que la cuantía percibida como prestación de seguridad social debe descontarse de la valoración final que se haya efectuado del daño derivado de un accidente de trabajo.
2. Que, igualmente y de existir, debe descontarse lo obtenido en concepto de mejora voluntaria de las prestaciones de seguridad social.
3. Que, en cambio y finalmente, debe acumularse la cuantía percibida en concepto de recargo de prestaciones.

En efecto, con relación a las prestaciones de seguridad social, si bien en varias sentencias del Tribunal Supremo se ha postulado la deducción del "capital-coste" de la pensión de seguridad social reconocida al trabajador (singularmente, STS de 9 de febrero de 2005, RJ 6358), la reciente STS (social, sala general), de 17 de julio de 2007, modifica la doctrina anterior del Tribunal Supremo en base a que si se accediese al descuento de dicho capital-coste "se llegaría al absurdo de que el perjudicado, al descontársele las prestaciones de seguridad social cobradas, no percibiría (normalmente) cantidad alguna". Para el Tribunal Supremo, lo correcto es que la compensación se produzca entre conceptos homogéneos, lo que con relación a las prestaciones de seguridad social sólo abarca las indemnizaciones reconocidas únicamente como lucro cesante.

En cuanto al recargo de prestaciones de la seguridad social, desde la STS (social y sala general) de 2 de octubre de 2000 (RJ 9673) se viene manteniendo que el recargo por falta de medidas de seguridad es independiente y no se descuenta de la valoración e indemnización de daños y perjuicios, al hacerse primar su finalidad y naturaleza punitiva y sancionadora, sobre la resarcitoria. Esto es, jugando un rol de daños punitivos en el sentido más estricto, por cuanto – como se conoce – no se permite su aseguramiento.

120. ¿Qué jurisdicción es la competente para la imposición de la responsabilidad civil derivada de incumplimientos en materia de TES?

A partir del 11 de diciembre de 2011, la jurisdicción social, superando una tradicional "lucha de jurisdicciones" entre la civil y la social por asumir la competencia en esta materia.

La Suma de Todos

Comunidad de Madrid

www.madrid.org

full audit
soluciones estratégicas