

VIGILANCIA DE LA SALUD PRECISIONES Y ACOTACIONES ENTORNO A SU VOLUNTARIEDAD Y OTRAS CONSIDERACIONES DE INTERÉS

Por

JON JOSEBA JAUREGI APELLANIZ
Universidad de Mondragon (Escuela Politécnica Superior)

jjjauregui@mondragon.edu

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 38 (2014)

*“El hombre es la medida de todas las cosas, de las que existen como existentes;
De las que no existen como inexistentes”.*

Protágoras

RESUMEN: La vigilancia de la salud constituye un acervo de conocimiento de indudable valor en el seno de la prevención de riesgos laborales, comprender y deslindar el ámbito de aplicación de esta figura supone un mecanismo de superación del concepto asistencial de la vigilancia de la salud en los entornos laborales. Afrontar este nuevo enfoque acerca la vigilancia de la salud laboral, a los principios de política general sanitaria de un país, y también a los principios de acción preventiva, intentando alcanzar un difícil equilibrio y conciliación entre derechos fundamentales, como el derecho a la vida e integridad física por una parte, y las libertades personales por otra.

PALABRAS CLAVE: Vigilancia de la salud; voluntariedad; obligatoriedad; derechos fundamentales; excepciones.

SUMARIO: I. Proemio introductorio.- II. Encuadre normativo.- III. Contenido de la obligación legal de garantizar la vigilancia de la salud.- IV. Art. 22 LPRL voluntariedad vs obligatoriedad.- V. Resolución de conflictos. VI. Conclusiones.- VII. Bibliografía.

HEALTH SURVEILLANCE: CLARIFICATIONS AND OBSERVATIONS REGARDING ITS VOLUNTARY NATURE AND OTHER CONSIDERATIONS OF INTEREST

ABSTRACT: Health surveillance is a body of knowledge of unquestionable value in the occupational risk prevention area. Understanding and defining the scope of application of this system is a mechanism for transcending the welfare-related concept of health surveillance in workplace environments. We wish to tackle this new focus on occupational health surveillance with a country's general health policy principles, and also with the principles of preventive action, attempting to achieve a delicate balance and harmony between fundamental rights such as the right to life and physical integrity, on the one hand, and personal freedom, on the other.

KEY WORDS: Health surveillance; voluntary nature; obligation; fundamental rights; exceptions.

SUMMARY: I. Preface.- II. Regulatory framework.- III. Necessity of the obligation to guarantee health surveillance.- IV. Article 22 of LPRL (Occupational Risk Prevention Act): Voluntary vs compulsory surveillance.- V. Conflict resolution.- VI. Conclusions.- VII. Bibliographical references.

I. PROEMIO INTRODUCTORIO

El control y vigilancia de la salud de los trabajadores constituye sin duda, un elemento de protección previo a la aparición, o concreción, de una consecuencia dañosa en el desarrollo de cualquier actividad laboral. Es decir, que la aplicación de los actuales protocolos médicos, suponen la superación de los reconocimientos médicos que hace unos años eran en su mayoría generalistas, estereotipados e ineficaces por tanto, para un adecuado control de la indemnidad de la salud del trabajador durante el normal desarrollo de su actividad laboral en cualquier organización productiva. Esta función queda encuadrada dentro de una actitud tuitiva, exigible a cualquier organización que emplee trabajadores/as con una finalidad muy clara, que se establece desde la Directiva Marco (89/391/CEE), en la que se dice que: “la vigilancia de la salud puede ser parte de un sistema nacional de sanidad”, esto es, se promueve una ampliación del sentido de la vigilancia de la salud que va más allá de una mera responsabilidad interna de los empleadores, sino que el modo de efectuar los controles médicos, la promoción de la salud, formación, coordinación, etc. entrarían dentro del ámbito de política sanitaria de un país, tal y como puede deducirse en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública tras la lectura de los arts. 32-34.

Esta ampliación en todo orden, supone la superación del concepto asistencial de la vigilancia de la salud, por un concepto preventivo y de promoción decidida de la salud de los trabajadores, concepto este que supone acercar la vigilancia de la salud de los trabajadores al marco como se ha comentado, de los principios de política general sanitaria de un país, arrancando la actividad sanitaria del ámbito laboral, dándole vuelo, y haciendo que sea incluso una cuestión de estado, estableciendo por ello una concepción distinta de esta cuestión, que debe buscar un difícil equilibrio y conciliación entre el juego de dos derechos fundamentales, a saber: El derecho fundamental a la vida y la integridad física y el derecho fundamental del individuo a la protección de la salud y las libertades personales del individuo. Este cambio de orientación puede observarse entre otros preceptos, de la lectura del art. 32 de la Ley general de salud pública:

“La salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar Físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento,

de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo”.

II. ENCUADRE NORMATIVO

La normativa aplicable en ámbito del control y vigilancia de la salud presenta dos aspectos destacables. En primer término, debemos de hablar de una normativa generalista que regula de una forma más o menos tangencial en ocasiones éstas cuestiones. De otro lado se encuentra una normativa específica encargada de normativizar la práctica de la vigilancia de la salud según riesgos específicos llegando inclusive al desarrollo de protocolos y pruebas detalladas para determinados riesgos. Dentro de este ámbito cabe mencionar la coexistencia incluso de normas preconstitucionales que aún tienen vigencia, como la Orden de 20-01-1956, relativa al reglamento de higiene y seguridad en los trabajos realizados en los cajones de aire comprimido (M. Trabajo., BOE 2.2.1956), o la Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo de 1970. Sea como fuere, tampoco es de recibo en este momento, efectuar un análisis de aquéllas disposiciones que aún pudieran ser de aplicación pese a su rancio abolengo preconstitucional. Hay que tener presente que actualmente esta cuestión se reglamenta en la propia LPRL. La disposición derogatoria única de la norma establece: “la derogación de todas aquellas normas que se opongan a la presente Ley”.

Es curioso el estilo ciertamente complicado de la antedicha disposición derogatoria. Primero se deroga implícitamente a todo lo que se oponga a la LPRL, pero luego, se enumeran excepciones a lo establecido, vamos, se rescata de la “quema” una relación de normas que siguen siendo vigentes, unas veces de forma transitoria y otras de forma perpetua. Esta tendencia del legislador a endosar la exégesis legislativa al usuario o destinatario de la norma, y que allá se las componga, sobre lo que es y no es de aplicación, deja a las claras la deriva normativa en el plano de la prevención de riesgos laborales, el elevado número de normas existentes, y la incapacidad del legislador en dar solución a los problemas de incertidumbre legislativa. A mayor abundamiento remitimos al lector a la NTP 959 “*La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales*” en la que se enumera la normativa aplicable en materia de control y vigilancia de la salud, siempre teniendo presente que deberemos indagar sobre la preexistencia de normas preconstitucionales que aún pueden ser de aplicación pese al mandato meridiano, claro y luminoso del art 6 LPRL, en el que se encomienda al gobierno de turno, a través de las normas reglamentarias oportunas, y previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, la regulación de determinadas materias que deberán ajustarse a los principios de la Acción preventiva enmarcados en la LPRL, esto es, la consideración de la vigilancia de la salud como un

elemento no aislado de la gestión preventiva, sino al contrario como un engranaje más integrado dentro del sistema motriz, propulsor e impulsor de la actividad preventiva. Este precisamente deberá ser el criterio para discernir dentro de esa mezcla de normas preconstitucionales existentes, aquellas que son de aplicación ante la falta de desarrollo reglamentario oportuno, de las no cabe su aplicación por contrapuestas con el precitado axioma amén de otros conflictos de ajuste constitucional que pueden plantear las mentadas normas.

III. CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE GARANTIZAR LA VIGILANCIA DE LA SALUD

3.1. Cómo ha de realizarse el control y vigilancia de la salud

En general, cabe aducir que los reconocimientos médicos deben efectuarse con mucha atención y esmero, por parte del profesional de la salud (PSMT)¹. Una praxis poco adecuada y atenta al igual que en cualquier otra especialidad médica pudiera dar lugar a la apertura de procesos judiciales tanto por error médico en el supuesto de un diagnóstico no adecuado que genera daños, o en su caso también, por una posible negligencia médica, cuando la actuación no es reconducible dentro de las pautas generales de la *lex artis* que han de regir la normal actuación de un profesional de la salud. La realidad no obstante, pone de manifiesto que la aplicación de los protocolos médicos específicos, se efectúan de manera estereotipada, sin contar con la información adecuada sobre la naturaleza y tipo de trabajo que ocupan al trabajador/a. Ello evidencia que los exámenes médicos se cursan sin un auténtico conocimiento de los riesgos a los que el trabajador/a se encuentra realmente expuesto/a, dado que en la mayoría de los casos no existe esa comunicación entre médico y técnico de prevención de riesgos laborales, o existiendo esa relación, el médico accede a una información de riesgos, sesgada, poco efectiva, y desde luego alejada de la realidad en la que la mayoría de los trabajadores interactúan.

Las consecuencias son claras:

Un evidente fracaso del mandato del legislador. Es como si se tratase de aplicar una exigencia no asumible por el tejido empresarial de nuestro entorno. Para gran parte de empresas, el sistema de integración de la prevención, genera una suerte reacción adversa, un efecto similar al rechazo que en el cuerpo humano se puede producir ante el trasplante de un órgano.

En conclusión y en unidad de criterio con lo establecido entre otros por Boix, P:

¹ Profesionales sanitarios de la medicina del trabajo

“la vigilancia de la salud no se agota en los reconocimientos médicos-diagnósticos individuales sino que abarca un conjunto de actividades de recogida de información sobre el estado de salud de los trabajadores tanto a partir de datos objetivos como subjetivos, provenientes de fuentes primarias o secundarias, y organizadas como datos individuales o agregados.”²

3.2 ¿Cuándo efectuar los reconocimientos?

3.2.1. Previo a la admisión de los trabajadores

A. Se exige en el supuesto recogido por el RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su art. 196.

Artículo 196.- Normas específicas para enfermedades profesionales.

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.

B. Hay, así mismo, convenios que recogen la obligación de reconocimientos previos, sin señalar que lo hacen para cumplir con este artículo. Así, por ejemplo, el V Convenio colectivo del sector de la construcción. BOE, nº 64, jueves 15 de marzo de 2012. Resolución de 28 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del sector de la construcción.

Artículo 19. Pruebas de aptitud

1. ...

2. El trabajador, con independencia de su categoría profesional y antes de su admisión en la empresa, será sometido a un control de salud, según se establece en el artículo siguiente.

3. Una vez considerado apto, el trabajador contratado deberá aportar la documentación necesaria para la formalización del contrato de trabajo.

Artículo 20. Vigilancia y control de salud

1. ...

² “Criterios básicos para la vigilancia de la salud de los trabajadores: decálogo sobre la vigilancia de la salud en el trabajo”. Boix, P., Benavides, F., Soriano, G., Moreno, Moreno N., Roel, J.M., García-Gómez, M. Arch Prev Riesgos Labor 2000; 3-4: 175-177.

2. La empresa garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo, tanto en el momento previo a la admisión como con carácter periódico.

Mantenemos dudas respecto a si la naturaleza jurídica de la vía convencional es suficiente para obligar, tal y como exige el art. 22 LPRL y excepcionar la regla general de la voluntariedad, cuando dice que: *“así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”*.

Bajo nuestra opinión la quiebra del principio de voluntariedad y por ende, la desfiguración del criterio de la libertad de decisión del trabajador/a, solamente puede establecerse mediante ley. No cabe duda que la amplia caterva normativa que impregna la actual regulación en materia de prevención de riesgos laborales, debe caracterizarse por una “vis” expansiva, “que atrae hacia sí todo lo que se le acerca, como si de un agujero negro se tratase”³. La materia preventiva es sin duda susceptible de ser regulada vía negociación colectiva, otra cosa, es que se pueda discutir la idoneidad de su regulación y el rigor técnico de la misma, debido en muchas ocasiones, a que la propia complejidad técnica dificultará su desarrollo por vía paccionada. Lo que verdaderamente interesa entonces, es explicar el papel que la negociación colectiva juega en el sistema de fuentes en materia preventiva. Parece lógico consagrar la idea que allí dónde la regulación estatal no haya cerrado la regulación preventiva, esta sea completada por vía convencional. Ahora bien, ¿Todos los ámbitos son susceptibles de ser completados vía convenio? Creemos que no, la autonomía colectiva se encuentra limitada a nuestro juicio en su capacidad reguladora. Hay aspectos no susceptibles de ser normativizados por esta vía. Esta atribución se encuentra limitada a aquellos aspectos de naturaleza organizativa de la acción preventiva en la empresa, como son: La participación y consulta, deberes empresariales, etc. por tanto, existen elementos vedados a la regulación paccionada.

La naturaleza pública de los intereses a proteger como la vida y la salud del trabajador/a, determinan un terreno jurídico de derecho necesario, que no deja margen al arbitrio de terceros intereses más o menos alejados o alineados, con el concepto de protección universal de la seguridad y salud en el trabajo, que constituye un principio de política de estado no apto para ser complementado en el escenario de la negociación colectiva, al tratarse de una regulación cerrada,

³ “La salud y seguridad laboral en la negociación colectiva” Gregorio Tudela Cambroneroy Yolanda Valdeolivas García Profesores Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Autónoma de Madrid.

Autosuficiente y completa. Esta sustracción a la negociación colectiva de un amplio margen de acción se les reconoce no obstante en otras materias laborales, impidiendo únicamente la regulación *in peius* también en estos supuestos.

La obligatoriedad de los reconocimientos médicos establecidos vía paccionada, a nuestro juicio no es factible ni legítimo, al tratarse de una regulación (la voluntariedad) obligatoria, cerrada, completa, irrenunciable, y no susceptible de matices, ampliaciones y/o alteraciones del carácter irrenunciable para los trabajadores.

3.2.2 Después de incorporación al trabajo

Tras ausencia prolongada por motivos de salud. La razón de este reconocimiento es, según se lee en el artículo 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención, “*descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores*”.

Entendemos que, al margen de que ese objetivo de descubrimiento de esa relación está mejor definido en el apartado 3.d del mismo artículo 37 del RSP. La razón aquí sería más bien conocer si la situación que ha pasado el/la trabajador/a le ha originado secuelas que obliguen a “recomendar una acción apropiada” para protegerle. En algún Servicio de Prevención también se incluye la ausencia prolongada por razones distintas de enfermedad.

3.2.3 Periódicos

Según riesgo. En este supuesto tampoco se establece periodicidad alguna como norma general por parte de la normativa. Entendemos que se trata de un criterio médico, en atención a la exposición a los distintos riesgos a los que se pueda ver afectado el/la trabajador/a. La vía paccionada es amplísima en este sentido, y en ausencia de concreción de la frecuencia por parte de la normativa, esta laguna es “compensada” por una abundante recua de previsiones. En la mayoría de convenios se propone una frecuencia anual⁴. No repetimos lo argumentado en el punto anterior, respecto a la capacidad para regular estas cuestiones vía convenio. Solamente mencionar por si la cuestión no estuviese suficientemente aclarada que hay

⁴ La vigilancia de la salud en la negociación colectiva. *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, nº 52, p. 12, Sección Artículos, 01 de Septiembre de 2008 Natividad Mendoza Navas, Profesora Dr. TEU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.

Convenios que ni tan siquiera prevén la posibilidad de los reconocimientos periódicos⁵ después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.

3.2.4 Vigilancia post-ocupacional

En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario. Aunque esta actividad ha de ser realizada por el sistema nacional de salud, la orientación sobre su necesidad ha de venir dada por el servicio de prevención.

Para cerrar este capítulo del “cuando” hay alguna cuestión que se plantea. En concreto, si el reconocimiento previo a la admisión ha de ser realizado por el servicio de prevención. Dicho de otro modo, ¿El que el RD de servicios de prevención no lo cite, significa que no lo puede hacer? Y, abundando en ello, ¿Significa que no se puede hacer?

Esta duda surge porque la norma que obliga a este reconocimiento no es una norma de naturaleza preventiva sino de prestaciones de seguridad social.

Hay servicios de prevención que incluyen otro apartado: La realización de vigilancia a demanda o solicitud del trabajador:

Se refiere a un reconocimiento *ad hoc* a trabajadores que refieren molestias que entienden directamente unidas al trabajo.

En este caso, el servicio médico valora el problema y determina si existe o no conexión con el trabajo.

En caso afirmativo, además de la ayuda que haya de proporcionar al trabajador, pone a marcha el procedimiento que, en caso de enfermedad/accidente, tenga definido la empresa.

3.3 Condiciones en que ha de realizarse, efectos y resultados del control y vigilancia de la salud

3.3.1 Protocolos médicos

El desarrollo de las actuaciones a efectuar en materia de control y vigilancia de la salud ha de responder a una serie de criterios bien pautados. Es decir, han de responder a una serie de protocolos. No basta con el desarrollo de pruebas y actuaciones que no respondan a una finalidad concreta o como ocurría antes, que sean estereotipadas y

⁵ I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias y el de Industria Azucarera (28) que fijan únicamente una revisión médica al inicio del trabajo. La vigilancia de la salud en la negociación colectiva. Natividad Mendoza Navas, Profesora Dr. TEU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.

generalistas. Dichas prácticas y actuaciones deben orientarse hacia un fin cual es, la promoción de la salud de los/as trabajadores/as. Para ello ha quedado pautada una reata de protocolos que se encuentran disponibles en la web del ministerio de sanidad servicio sociales y igualdad⁶.

Son los siguientes:

Agentes anestésicos inhalatorios, Agentes biológicos Agentes citostáticos, Alveolitis alérgica extrínseca Amianto, Asma laboral, Cloruro de vinilo monómero Dermatosis laborales, Manipulación manual de cargas Movimientos repetidos, Neuropatías ,Óxido de etileno, pantallas de visualización de datos , plaguicidas Plomo y Posturas forzadas.

La protocolización del control y vigilancia de la salud permite superar los controles médicos rutinarios otrora muy difundidos en nuestro entorno, favoreciendo el estudio de los problemas de salud de los/as trabajadores/as específicamente relacionados con su actividad laboral. El utilizar el término protocolo, no debiera entenderse como algo encorsetado, rígido y riguroso, al contrario, deben ser perfectamente compatibles con otra serie de actividades que sean una fuente de información general para el profesional. Así deben tenerse en cuenta las actuaciones que a nivel de vigilancia de la salud comunitaria se establecen por parte de las autoridades sanitarias, ello por una evidente efectividad aglutinadora del sistema. De igual manera a nivel del sistema nacional de salud debe incluirse la detección de posibles enfermedades derivadas del desarrollo de una actividad laboral.

Todas estas interacciones han de contribuir a la cumplimentación de los objetivos de política sanitaria de un país, teniendo en mente que las interacciones del ambiente laboral, con el familiar, social, etc. En este mismo sentido, adquiere relevancia la necesidad de conocimiento por parte del PSMT de las bajas por enfermedad común, precisamente como un instrumento de información sobre diversas enfermedades que pueden guardar relación con la actividad laboral, y analicen de forma sistemática las mismas, como herramienta que puede facilitar la detección de riesgos laborales no controlados. Siempre sobre la premisa de que esta actuación no puede considerarse nunca como una contribución del PSMT al control del absentismo en las organizaciones, pues ello no es una actividad médico sanitaria, sino una actividad de gestión administrativa que además quiebra el principio de confianza y discreción que debe guiar toda actuación médica.

⁶ <http://www.msc.es/ciudadanos/saludAmbLaboral/saludLaboral/vigiTrabajadores/protocolos.htm>

Es interesante a este respecto recordar el Convenio 161 OIT, cuando en su artículo 15 dice que: *“Los servicios de salud en el trabajo deberán ser informados de los casos de enfermedad entre los trabajadores y de las ausencias del trabajo por razones de salud, a fin de poder identificar cualquier relación entre las causas de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que pueden presentarse en los lugares de trabajo. Los empleadores no deben encargar al personal de los servicios de salud en el trabajo que verifique las causas de la ausencia del trabajo.”*

3.3.2. Independencia

Los profesionales de la salud laboral deben efectuar su actividad con rigor y eficiencia, en coordinación con el resto de actores intervinientes en la gestión preventiva de la organización, solicitando cuando sea menester el auxilio de otros profesionales, y asesorando con imparcialidad tanto a trabajadores, representantes, y empresarios. Los profesionales que deben efectuar dicha actividad son los establecidos en el art. 22.6 LPRL y art. 4.2 RD 843/2011⁷. También se incluye la posibilidad de que participen temporalmente otros profesionales, a los puros efectos de servir como dotación a los servicios sanitarios de los servicios de prevención.

La normativa vigente establece igualmente la colaboración con otros organismos, como la seguridad social (comunicación de enfermedades que pudieran ser calificadas como enfermedades profesionales), con el sistema nacional de salud (colaborando con las campañas nacionales de salud organizadas por las administraciones públicas), etc.

3.3.3. Respeto a la intimidad y confidencialidad

Los datos obtenidos como consecuencia de la realización de las actuaciones propias del control y vigilancia de la salud, requieren una confidencialidad absoluta, tanto en el manejo, custodia y tratamiento de los datos obtenidos en dichas actuaciones. El acceso a la información médica de carácter personal quedará limitado al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo el control y vigilancia de la salud, «salvo que medie autorización expresa del trabajador/a para su transmisión». Dichos resultados serán notificados a los/as trabajadores/as afectados/as. El tratamiento de la información se encuentra sometido, a los principios de ética y deontología profesional, que deben presidir cualquier proceso de investigación científica. Los resultados serán notificados a Los/as trabajadores/as afectados/as. Pero dado que la vigilancia de la salud está orientada a la protección, sí se informará a la empresa y a las personas con

⁷ REAL DECRETO 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

responsabilidades en prevención de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos, orientadas exclusivamente a determinar la aptitud del trabajador y a proponer la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención.

A modo de ejemplo, se puede examinar «la sentencia 159/2009 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de fecha 29 de junio de 2009», que otorga amparo a un trabajador que fue expulsado de un proceso selectivo de funcionarios de policía local sobre la base de informaciones recibidas por el ayuntamiento, vulnerando el derecho a la intimidad personal protegido por el artículo 18 de la Constitución Española (CE) (RCL 1978, 2836).

“(sic) El recurrente participó en dos procesos selectivos: uno para ingreso en la policía autonómica, y otro para el ingreso en la policía municipal, siendo excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas. En cambio, en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la Policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación en la academia de policía autonómica. Asimismo, ha quedado acreditado que poco después del nombramiento del funcionario uno de los miembros del tribunal médico del primer proceso selectivo informó al ayuntamiento de que el demandante de amparo había sido excluido del proceso para la policía autonómica por padecer diabetes mellitus, información que facilitó al ayuntamiento telefónicamente”⁸.

3.3.4. Elusión de la discriminación laboral

En ocasiones la realización de los controles de vigilancia de la salud, han generado ciertas sospechas entorno a una utilización torticera de los mismos, en el sentido de su aprovechamiento para la selección de aquellos/as trabajadores/as más aptos/as, o más preparados/as físicamente. Hoy día es inadmisibles esta circunstancia. En primer lugar como analizaremos más adelante, los reconocimientos médicos son voluntarios; y para permitir que el trabajador decida sobre su realización, se le ha de explicar en qué van a consistir y qué finalidad se buscan con ellos. En segundo lugar, deben orientarse a la prevención de los riesgos inherentes al trabajo, riesgos determinados previamente en una evaluación de riesgos laborales, y ello determina que únicamente se efectuarán aquella serie de pruebas médicas que causen la menor molestia a los/as

⁸ Comentario efectuado a la sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009 (rtc 2009, 159), del tribunal constitucional, que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad, por D. Víctor Manteca Valdelande; Doctor en Derecho http://www.larioja.org/upload/documents/678281_AJA_N_7872009.Sentencia_159_2009.pdf

trabajadores/as, y que se encuentren directamente relacionadas con el riesgo, excluyéndose en todo caso tal y como se establece en el «art. 3.3 del RD 843/2011»⁹:

“Con carácter general, y sin perjuicio de lo previsto en los apartados 1, letras j) y k) de este artículo, no se incluirán entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a los trabajadores o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas. «En todo caso, toda prueba o exploración deberá acompañarse de la mención explícita del riesgo o problema de salud asociado a la actividad laboral que se pretende examinar», sin que esto suponga detrimento de la autonomía técnica y científica de los profesionales sanitarios ni de su facultad para la realización de pruebas o exploraciones que consideren relevantes según criterio médico.”

La no aptitud de un trabajador, o el apto limitado, tras la conclusión de un reconocimiento médico, genera la necesidad de acondicionamiento del puesto de trabajo a las condiciones del/la trabajador/a. Esta circunstancia se puede materializar en modificaciones técnicas en el puesto de trabajo, o transformaciones organizacionales que adecuen el puesto de trabajo a las especiales condiciones residuales del trabajador/a. Esto sería así también en los supuestos de no aptitudes sobrevenidas, bien por enfermedad común o incluso por accidente laboral¹⁰. El problema se plantea, en los supuestos en los que no se puede reubicar al/la trabajador/a en la Empresa, al no existir otros puestos de trabajo a ofertar, o en los que encajar al empleado/a, o también en los supuestos en los que no caben las modificaciones técnicas. Ante estas circunstancias es posible la extinción del contrato de trabajo, o el despido objetivo del/la trabajador/a por ineptitud sobrevenida prevista en el art. 52 a) TRET¹¹. Supuesto distinto es el de la extinción automática del contrato de trabajo, para el que se precisa en su caso la resolución en firme de la administración declarativa de la incapacidad permanente del trabajador.

Cuando sobreviene la extinción del contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del/la trabajador/a, este/esta tendrá derecho a una indemnización legalmente tipificada

⁹ RD 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

¹⁰ No entramos a valorar el resto de circunstancias y matices jurídicos que se plantean entorno a los supuestos en los que la no aptitud derivada de un accidente laboral o enfermedad profesional.

¹¹ RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

en el art. 53 TRET. A mayor abundamiento deberán preverse las variaciones que a este respecto se puedan establecer en los convenios aplicables en cada supuesto.

IV. ART. 22 LPRL VOLUNTARIEDAD VS OBLIGATORIEDAD

Se trata sin duda de una de las premisas que mayores problemas plantean en orden a una recta aplicación del contenido que subyace en la aludida obligación legal. La ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo de 1970¹² establecía la obligatoriedad de los reconocimientos médicos sin ambages, tal y como se deduce fácilmente de la lectura del art. 11 e). La actual normativa y en concreto el art. 22 LPRL, supone una superación de la visión anterior, un cambio de óptica operado por el legislador. Ese cambio de visión actúa al albur de la recepción y asimilación de los principios constitucionales, entre los que ocupan un lugar relevante y preeminente, la defensa de los derechos fundamentales, como por ejemplo, las libertades fundamentales de las personas, su dignidad y el respeto a su intimidad. También constituyen ese acervo de derechos esenciales del que venimos haciendo mención, la protección de la salud, la vida e integridad física de los individuos. Como veremos más adelante, es precisamente esa exigencia de conciliación de derechos fundamentales, lo que genera la necesidad de un problemático equilibrio, que produce importantes problemas interpretativos y aplicativos de una materia tan sensible, que ha requerido incluso del auxilio del tribunal constitucional en la conocida sentencia STC 196/2004, criticada por unos y alabada por otros. La doctrina no ayuda demasiado a desenmarañar tan espinoso asunto, aunque lo cierto es que gran parte se alinea en posiciones críticas, por la parquedad y las limitaciones del art. 22, sin dejar de lado que también hay autores que agradecen el esfuerzo del legislador en dar respuesta a esta problemática, aunque añaden, no sin cierto asombro por nuestra parte, que las cosas son mejorables (lo cual se daba por descontado y para llegar hasta esa conclusión no hacían falta alforjas).

Lo que evidentemente se trata de acordar es qué hay de cierto en el criterio general de la voluntariedad, o si se trata de un mito que cede ante una serie de excepciones tan amplias que dejan vacío de contenido el precitado criterio general de la voluntariedad.

Leída en su literalidad, la regla básica en nuestro sistema es la voluntariedad de los reconocimientos médicos, esto es, la regla de que únicamente podrán llevarse a cabo cuando el trabajador/a preste su consentimiento, a los efectos del art.22.1 LPRL., sin olvidar que este consentimiento podrá incluso ser retirado en cualquier momento.

¹² Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo BOE-A-1971-380.

Lo que sí es obligatorio para las organizaciones es que presenten la opción, que oferten a los/las trabajadores/as la posibilidad de someterse al control de vigilancia de la salud. Esta cuestión es meridiana.

Ahora bien, tras la regla general la propia norma fija una serie de excepciones, comenzando de esta forma una suerte de ilusión aclaratoria del criterio básico antes establecido. Lejos de apostillar o aclarar situaciones, dada la laxitud o amplitud de la excepción, pudiera llegarse fácilmente a la consideración de que el legislador asienta una serie de distinciones y singularidades tan amplias, que deja sin fundamento, sin sostén, el criterio básico y general de la voluntariedad antes mencionado, y que entendíamos como sustrato a la hora de entender el control y vigilancia de la salud en el entorno laboral.

Veamos cuáles son las excepciones:

EXCEPCIONES: De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que:

- La realización de los reconocimientos «sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud» de los trabajadores.
- Para verificar si el estado de salud del «trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas» relacionadas con la empresa.
- «Cuando así esté establecido en una disposición legal» en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Es necesario consultar previamente a los representantes del Personal.

Las dos primeras excepciones mencionan por un lado la protección del propio trabajador, y por otro, la protección de terceros. Se trata en definitiva ésta última de una excepción por riesgo para terceros.

Como ya anunciábamos, lo complicado en estas cuestiones es lograr un equilibrio entre derechos fundamentales, en concreto el derecho a la intimidad y la dignidad, y el derecho fundamental a la vida e integridad física o la salud. Todos ellos son derechos fundamentales y esenciales.

Bajo nuestro humilde punto de vista el legislador no ha actuado diligentemente, pues únicamente genera incertidumbre a la hora de interpretar las citadas excepciones.

Veamos. Tal y como se redacta la primera de las excepciones, ¿Es posible establecer con certeza absoluta, que la realización de unas determinadas actividades laborales no entrañan un riesgo evidente para la salud de una persona, y que otras actividades sí entrañan siempre un riesgo claro y cierto para la salud del/la trabajador/a? O ¿cómo decidir, o quién, que un reconocimiento es o no imprescindible para valorar el impacto de

algunos riesgos sobre la salud? Evidentemente son preguntas que no se puedan defender categóricamente con una certeza matemática e incontestable. Se nos ocurren dos posibles argumentos. Primeramente, en los supuestos de exposiciones a agentes químicos en procesos industriales, tampoco podríamos defender que los reconocimientos médicos sean imprescindibles para acreditar que dicha exposición laboral no genera un menoscabo en la salud de un trabajador/a. Parece que este supuesto debería encajar perfectamente en la excepción, pero hay otras opciones, alternativas, que pueden verificar con solvencia que la salud no vea afectada, como son la adopción de medidas de técnicas seguridad y control, junto con las evaluaciones de riesgo inhalatorio para el cotejo de la idoneidad de las medidas previamente establecidas. Es decir, que las medidas de control y vigilancia de la salud se aplicarían ante la ausencia previa de controles, o como control redundante si han mediado las actuaciones de control previas, pero no serían determinantes para acreditar la no afectación de la salud, pues hay otras posibilidades que no hacen indispensables las pruebas médicas, y que además generan un menor impacto en derecho de la intimidad del/la trabajador/a. En base a lo expuesto la aplicabilidad de la primera excepción no resulta tan sencilla, aún cuando nos centremos en una hipótesis de trabajo cuya aplicabilidad sea innegable e irrefutable a priori.

«La segunda de las excepciones señaladas», referida a la presencia de un interés preponderante de la colectividad laboral, como causa desfiguradora de la regla básica de la libertad de decisión del/la trabajador/a, plantea complejidades en orden a un correcto entendimiento y en su caso a una recta aplicación de la excepción planteada.

El análisis doctrinal y jurisprudencial no ayuda en demasía, sobre todo porque como en botica hay opiniones para todos los gustos, y esto junto con la amplitud interpretativa de la mentada excepción, hace que una vez más corramos el riesgo de convertir la excepción en regla general y regla general en la excepción¹³. Todo ello, obviamente puede ser el origen de supuestos dudosos y conflictivos que conculquen derechos fundamentales. Recientemente, una sentencia del TSJ de Extremadura, «STSJ EXT 182/2013»¹⁴ analiza la cuestión planteada. En la citada sentencia se dirime el recurso de suplicación nº605/2012, interpuesto por un vigilante de seguridad, contra la sentencia número 284/12 dictada por el juzgado de lo social Nº1 de Cáceres, que consideraba como procedente el despido de un vigilante de seguridad al no someterse al reconocimiento médico propuesto por la empresa. Al parecer, había constancia de que podía sufrir algún problema de sordera, algo que podía suponer un peligro, tanto para él

¹³ STS (social) de 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007,1503), Rec. núm. 140/2005.

¹⁴<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&reference=6652126&links=reconocimiento%20m%E9dico&optimize=20130312&publicinterface=true>

mismo como para terceros, teniendo en cuenta que su trabajo se desarrollaba en una obra en una zona apartada, en horario nocturno, y que el vigilante trabajaba con un arma. El demandante se negó reiteradas veces a someterse al citado reconocimiento, «no obstante, acudió a su médico de cabecera que le hizo un informe que declaraba que no estaba afecto de enfermedad infectocontagiosa, ni mental y que estaba capacitado para hacer su trabajo de vigilante de seguridad». La empresa que contrató el servicio de vigilancia, resolvió los contratos concertados con aquellas entidades que no cumplieron con la necesidad de acreditar que los empleados aplicados a las tareas de vigilancia hubieran superado el examen en cuestión. En la sentencia, que falló manteniendo la procedencia del despido, en su fundamento de derecho tercero en el que nos vamos a detener, el tribunal en orden a su argumentación jurídica se centra en los siguientes preceptos: art. 51 del Convenio Estatal de Empresas de Seguridad en relación con el art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como el RD. 2487/1998 que regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y prestar servicios de seguridad privada, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada. A continuación y siguiendo con su argumentación establece lo siguiente:

“[sic] Pues bien, teniendo en cuenta los preceptos expuestos, conforme al inalterado relato fáctico declarado probado viene a resultar que el demandante es vigilante de seguridad, y tenía que desempeñar su trabajo(hecho probado quinto de la sentencia requerida), en una obra sita en Cáceres, en la que debía vigilar, en solitario, las instalaciones, en un lugar despoblado y a horas nocturnas, siendo que el dueño de dicha obra resuelve los contratos concertados con aquéllas que no den cumplimiento a la necesidad de acreditar que los empleados aplicados a las tareas de vigilancia hayan superado el oportuno reconocimiento médico (hecho probado séptimo). Siendo ello así, la sentencia de instancia declara probado en el ordinal sexto que " En atención a ello, la empresa demandada avisó cuatro o cinco veces al actor, la primera el 6 de julio de 2012, para que acudiera a los servicios de MC Mutual, que es con quien aquella tenía concertada tal labor. Los expertos en medicina del trabajo someterían al actor a las pruebas rutinarias, por las que pasan todos los obreros, y que están llamadas a descartar la exposición a riesgos que pongan en peligro su salud. El demandante se negó reiteradas veces a someterse al citado reconocimiento, no obstante, acudió a su médico de cabecera que le hizo un informe que declaraba que no estaba afecto de enfermedad infectocontagiosa, ni mental y que estaba capacitado para hacer su trabajo de vigilante de seguridad. ", y viene a resultar, tal y como con valor de hecho probado

se declara en el fundamento de derecho tercero de la resolución de instancia en relación a que el reconocimiento ni invade su intimidad, ni es doloroso, ni humillante, sino que responde a la rutina del artículo 22 de la LPRL "y se aprecia necesario por el técnico superior de PRL, en su informe de 27 de junio de 2012, el cual se asume, además, por el representante legal de los obreros (Luis), que lo firma el 2 de julio de 2012". En definitiva, «el requerimiento que se efectúa reiteradamente al trabajador para que pase el oportuno reconocimiento médico está, en este supuesto, autorizado por la Ley», siendo que, como nos recuerda La sentencia del Tribunal Constitucional 186/2004, de 15 de noviembre.

Se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida.

En el supuesto examinado estamos ante la excepción a la voluntariedad en el reconocimiento médico que preceptúa el artículo 22 de la LPRL, en el que, además de cubrir los requisitos en el precepto exigidos, tal y como hemos narrado, se ha informado al trabajador por parte del gerente, y así resulta de la fundamentación jurídica de la sentencia, que la empresa dueña de la obra donde prestaba servicios el actor exigía que los trabajadores que allí prestaban servicios hubieran pasado el oportuno reconocimiento, razón por la que en atención a los hechos declarados probados por la resolución de instancia, no está justificada la negativa del demandante a pasar por el oportuno reconocimiento médico [sic]".

Sin lugar a dudas, bajo nuestro enfoque la forma de entender la citada excepción debe concretarse y centrarse en riesgos directos, posibles, no meras hipótesis de trabajo que pueden limitar y lindar con situaciones de improbabilidad, o inverosimilitud de concreción del riesgo. Tampoco debe admitirse el juego de la misma en los casos en los que únicamente el riesgo se pueda concretar en la propia salud del trabajador, esto es, cuando el único riesgo es para la salud de quien se niega a someterse al reconocimiento médico. En estos casos no olvidemos que el propio TC viene reconociendo que la obligatoriedad no puede imponerse, pues en tales casos es el propio interesado quien puede disponer de la vigilancia de la salud, decidiendo someterse o no al reconocimiento médico en función de su propia valoración personal.

En la citada sentencia se comenta también, como un factor añadido que aporta mayor peso a la idea de la obligatoriedad del reconocimiento médico en el caso sentenciado, que el reconocimiento es también considerado como oportuno por parte del técnico de

prevención de riesgos laborales, quien en un informe establece la pertinencia del reconocimiento médico, y es asumida también por parte de la representación legal de los trabajadores. Esta especie de pseudo justificación que se esgrime por parte del tribunal sentenciador, como elemento de apoyo a la línea argumental mantenida en la sentencia, no es sostenible, pues a nuestro juicio no tiene en cuenta de una forma clara las funciones que puede asumir un técnico en prevención y cuáles no son susceptibles de ser admitidas en una recta dicción del art. 37 RSP. El citado precepto enclavado en el capítulo VI del reglamento de servicios de prevención (Funciones y niveles de cualificación), establece que entre las funciones de nivel superior éstas son las correspondientes a las especialidades y disciplinas preventivas de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada (art. 34 RSP). No obstante, siguiendo con la lectura del art. 37.3 se fija que:

Las funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores, señaladas en la letra e) del apartado 1., serán desempeñadas por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada con arreglo a la normativa vigente y a lo establecido en los párrafos siguientes.

Luego entendemos por lo tanto que razonamiento extraído de la sentencia no es de peso a la hora de esgrimir una férrea defensa, en post de la obligatoriedad del reconocimiento médico en el caso analizado, pues como queda claro entre las funciones del técnico superior de prevención de riesgos laborales, no se pueden incluir de ninguna manera las de vigilancia y salud en el trabajo, salvo que quien emita el informe argüido en la sentencia, fuera a su vez PSMT, supuesto en el cual no se hubiera denominado como técnico en prevención de riesgos laborales, sino médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un A.T.S./D.U.E de empresa, (PSMT).

Como síntesis, somos de la opinión que la citada sentencia incurre en un error de apreciación e interpretación de la normativa de excepción del art.22 LPRL, pues no se debiera justificar la procedencia del despido en torno a la segunda de las excepciones del art. 22 LPRL «sino en base a la tercera de las excepciones fijadas, esto es, cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad».

Finalmente, siguiendo con esta opinión, es ciertamente sintomático el fundamento de derecho tercero, en el que el órgano sentenciador afirma que no puede admitir como elemento probatorio la validez de la certificación psicofísica aportada porque no se acredita la vigencia de la misma, pues según el RD 2487/1998 que regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y prestar servicios de

seguridad privada, las certificaciones emitidas en este sentido tienen una validez de tres meses, y en el caso juzgado no se acredita por la parte demandante cuando fue extendido el citado certificado.

«Por fin, resta analizar la tercera de las excepciones planteadas» al criterio general de voluntariedad del art. 22.

Cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Se trata de la última de las excepciones y la más sencilla de delimitar. La precitada excepción alude a los supuestos en los que se debe fijar una protección especial frente a situaciones de riesgos específicos o actividades de especial peligrosidad.

La primera cuestión que se debe aclarar es qué ha de entenderse por disposición legal. Las posibilidades se centran en entender si ha de ser una norma con rango de ley, o si también entraría dentro del criterio otra serie de disposiciones como las reglamentarias o incluso los convenios.

La última de las opciones planteadas ya ha sido suficientemente abordada más arriba, cuando hemos estudiado el tema de los reconocimientos médicos previos a la contratación, nos remitimos a lo ya planteado en el citado punto.

Respecto a las otras dos opciones nos inclinamos más por atender a la interpretación más extensa posible, esto es, la que abarque tanto a disposiciones normativas con rango de ley, como disposiciones normativas con rango de reglamento. La justificación del aludido criterio es fácilmente asumible, si atendemos al propio tenor del art. 6 LPRL en donde se contempla una amplísima habilitación reglamentaria para el desarrollo de cuestiones atinentes a la seguridad y salud en el trabajo, luego una interpretación a “contrario sensu” sería, por lo tanto, difícilmente defendible en el contexto planteado.

Aclaradas estas cuestiones previas, podemos establecer que los supuestos de vigilancia de la salud obligatoria, por este concepto (cuando así venga establecido por una disposición legal) se centran en:

- En caso de riesgo de contraer enfermedad profesional (Art. 196 LGSS): siempre sujeta a los criterios de proporcionalidad, indispensabilidad e interés colectivo (STC 196/2004).
- Reglamentos:
- Amianto (RD 396/2006)
- Radiaciones ionizantes (RD 783/2001)
- En los protocolos sanitarios se recomienda para agentes citostáticos, agentes anestésicos inhalatorios, agentes biológicos por exposición al virus de transmisión

sanguínea y tuberculosis.

- Bajas de larga duración: en estos casos no es obligatoria la vigilancia sanitaria, salvo que se dé alguno de los otros dos supuestos anteriormente planteados.

Cabe mencionar en este sentido «la STSJ Asturias de 9.11.07»¹⁵ de la que se deduce que si no hay justificación ajustada al caso concreto no procede el reconocimiento obligatorio. A mayor abundamiento y aclaración del supuesto analizado cabe señalar, que en la citada sentencia dicho tribunal, analiza el despido de un trabajador que no consiente un reconocimiento médico de empresa después de haber sido dado de alta tras un largo período de incapacidad temporal, pues la empresa no acredita que la medida sea imprescindible para que pueda darse la excepción a la regla general de voluntariedad del trabajador en la vigilancia de su salud.

Manifiesta el tribunal:

"[sic]la disposición adoptada por la empresa de someter a todos los trabajadores, tras una baja laboral prolongada, a un reconocimiento médico puede o no ser considerada una medida conveniente, pero en este caso, no hay razón para calificarla de imprescindible, ya que ha de presumirse que el alta médica recibida responde a una valoración especializada sobre la recuperación por el trabajador de su capacidad laboral en condiciones que le permitan afrontar con seguridad para sí, sus compañeros de trabajo y terceros los requerimientos físicos-psíquicos del puesto de trabajo".

Siguiendo con la línea argumental del alto tribunal:

"[sic]la aplicación por la empresa de pautas generales de actuación de este tipo debe estar justificada, debiendo demostrarse su ajuste a los parámetros legales, caso por caso, sin apelaciones genéricas a la prevención de riesgos laborales, sino con prueba de los elementos que demuestren que la medida es imprescindible; en otro caso, la empresa tendría en su mano una capacidad prácticamente ilimitada para ejercer un control férreo sobre los trabajadores, lo cual no está permitido, salvo en supuestos singulares".

¹⁵Consultar <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=225595&links=reconocimiento%20medico%20%222651/2007%22&optimize=20080214&publicinterfa ce=true> sentencia

V. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

No es objeto del presente trabajo, abordar de manera amplia y crítica las consecuencias que se derivan de los incumplimientos de las previsiones dimanantes del art. 22. Algunas derivaciones jurídicas ya las hemos apuntado, pero trataremos de sintetizar las consecuencias que resultan, de contravenir o descuidar los contenidos del precitado precepto.

a) Control por parte de la inspección de trabajo

1-La autoridad laboral se encargará del control de la obligación del empresario de garantizar la vigilancia de la salud (Art. 12.2. LISOS).

«No realizar» los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales (voluntarios y obligatorios).

«No comunicar» su resultado a los trabajadores afectados

2- Derecho a la intimidad del trabajador art. 8.11 (LISOS).

Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

3- La gratuidad del reconocimiento (dentro de la jornada laboral).

Da lugar en su caso a la liquidación de cuotas por horas extraordinarias por el tiempo no compensado.

4- Inicio de procedimiento de incapacidad

Art. 4.1.a) RD 1300/1995¹⁶: El procedimiento de declaración de incapacidad se puede iniciar de oficio, A instancia del trabajador o su representante legal, por propia iniciativa de la entidad gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

b) Control por parte de las unidades de salud laboral en las CCAA con competencias en la materia

¹⁶ RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

En el caso de la CAV, existe una unidad específica denominada unidad de salud laboral de Osalan, Decreto 306/1999¹⁷ y RD 843/2011 que se encarga específicamente del control de:

- Autorización
- Condiciones necesarias que deben reunir los servicios de prevención propios para desarrollar la actividad sanitaria.
- Condiciones necesarias que deben reunir los servicios de prevención ajenos para desarrollar la actividad sanitaria.
- Aspectos:
 - Recursos humanos
 - Recursos materiales
- Subcontratación parcial de actividades sanitarias.
- Accesibilidad de las instalaciones

c) Control por parte de la agencia de protección de datos

Responsabilidad directa de los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos (Art. 43 LO 15/1999 de Protección de Datos).

Responsabilidad de los encargados del servicio médico.

d) Control ejercido desde los órganos jurisdiccionales

Sobre la obligatoriedad del reconocimiento obligatorio y el derecho a la intimidad.

Se impugna la orden del empresario ante la JS con posibilidad de recurrir en amparo al TC.

Si despido por desobediencia de la orden del empresario de hacer un reconocimiento obligatorio.

Procedimiento de impugnación de despido por falta disciplinaria.

Sobre el despido por ineptitud sobrevenida (no apto)

Procedimiento de impugnación del despido objetivo: problema de prueba en el proceso

No aptitud y la declaración de incapacidad

Procedimiento ante el INSS y, en su caso, ante la jurisdicción social.

¹⁷ Decreto 306/1999, de 27 de julio, por el que se regulan las actuaciones sanitarias de los servicios de prevención en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En los casos de la violación del derecho a la intimidad por hacer públicos datos relativos a la vigilancia médica.

Procedimiento ante la jurisdicción social y recurso de amparo ante el TC

En relación a las sanciones que imponga la autoridad laboral y la agencia de protección de datos.

Procedimiento ante la jurisdicción social (Ley 36/2011 JS) y contencioso administrativo (Protección de Datos).

e) Características del proceso probatorio en sede jurisdiccional

La prueba como es sabido es una actividad procesal llamada a llevar a la convicción del órgano jurisdiccional sobre la realidad y veracidad de los hechos alegados por los actores de un litigio judicial. Solamente por medio de la práctica probatoria se puede llegar a que el intelecto del órgano jurisdiccional, admita como ciertos los hechos controvertidos alegados por las partes. El objeto de la prueba recae sobre tres aspectos: Los hechos, la costumbre, y el derecho extranjero. A tal efecto para la valoración de la prueba existen unas reglas generales y especiales. En el art. 96 LRJS¹⁸ establece la regla excepcional referida a que en los procesos sobre responsabilidades por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, corresponde a los deudores de seguridad, y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo, probar la adopción de las medidas de seguridad necesarias para prevenir o evitar el resultado. En estos casos la culpa del trabajador es anecdótica excepto si se trata de un supuesto imprudencia temeraria.

En este contexto que acabamos de señalar, nos interesa destacar una serie de aspectos especiales sobre el modo de practicar la prueba, que vienen también a fijar las pautas de actuación, o el camino a seguir en el proceso de resolución de los posibles conflictos materiales existentes entre las partes:

«Art.90.2 LRJS» No se admitirán las pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.

Este artículo tiene trascendencia, en orden a la forma de entender como prueba determinados reconocimientos médicos, que no cumplan con las exigencias expuestas a lo largo del presente trabajo.

«Art. 90.4 LRJS» Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la

¹⁸ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social BOE nº 245, de 11 de octubre.

intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso.

«Art.90.5 LRJS» Igualmente, de no mediar consentimiento del afectado, podrán adoptarse las medidas de garantía oportunas cuando la emisión de un dictamen pericial médico o psicológico requiera el sometimiento a reconocimientos clínicos, obtención de muestras o recogida de datos personales relevantes, bajo reserva de confidencialidad y exclusiva utilización procesal, pudiendo acompañarse el interesado de especialista de su elección y facilitándole copia del resultado.

«No será necesaria autorización judicial» si la actuación viniera exigida por las normas de prevención de riesgos laborales, por la gestión o colaboración en la gestión de la Seguridad Social, por la específica normativa profesional aplicable o por norma legal o convencional aplicable en la materia.

«En caso de negativa injustificada» de la persona afectada a la realización de las actuaciones acordadas por el órgano jurisdiccional, la parte interesada podrá solicitar la adopción de las medidas que fueran procedentes, pudiendo igualmente valorarse en la sentencia dicha conducta para «tener por probados» los hechos que se pretendía acreditar a través de la práctica de dichas pruebas, así como a efectos de apreciar temeridad o mala fe procesal.

«Art. 90.6 LRJS» Si como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, «se resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados».

VI. CONCLUSIÓN

La vigilancia de la salud de las personas en el trabajo debe ser considerado como un derecho de los/as trabajadores/as. Sin embargo, la actual configuración normativa hace que más que un derecho, pueda ser considerado como una obligación si atendemos a las posibilidades interpretativas que emanan del ya escudriñado art.22.

Esta situación deja evidentes lagunas interpretativas que no ayudan en absoluto a que la figura cumpla con las expectativas de protección que tan importante precepto supone en prevención de riesgos laborales.

Si sostenemos la trascendencia de los reconocimientos médicos en sentido amplio, éstos han de servir para por un lado, para establecer una protección “ex ante” a la posible causación de un daño en la salud de las personas, y por otro lado, para contrastar la bondad y eficacia de las medidas técnicas de control de los riesgos existentes en una actividad laboral, debiera ser evidente también, que el legislador cerrase de una forma más contundente los casos en los que la vigilancia de la salud se hace obligatoria:

“(sic)...los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionada con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”¹⁹.

No podemos hacer depender la eficacia de la vigilancia de la salud (tan importante en prevención de riesgos laborales) de la voluntad, de la virtud²⁰, de uno de los protagonistas principales de la película, y que al mismo tiempo se ponga en una situación complicada al garante principal de la seguridad en las organizaciones, exigiendo un complicado equilibrio entre obligaciones propias y derechos fundamentales de los trabajadores/as.

Hoy día, es claro que la pauta general de actuación se centra en la consideración de que el reconocimiento médico de un/a trabajador/a sólo puede llevarse a efecto con su consentimiento. Por más que una empresa intente ampliar el sentido de las excepciones en base a una interpretación “lato sensu” de las mismas, no puede alterar la regla

¹⁹ STSJ Asturias de 9.11.07.

²⁰ En sus orígenes la ética se concibe como el pensamiento sobre la vida excelente o vida virtuosa, es la reflexión sobre lo bueno, sobre la mejor manera de vivir. Lo que es bueno, o lo que es ser bueno no se trata de algo incuestionable sino que ha variado a lo largo de la historia del hombre, y se encuentra relacionado con la naturaleza de cada época. No obstante se puede defender que aún cuando haya variaciones sobre lo que es ético en cada momento histórico, sí hay una base o sustrato de lo que se considera como moralmente aceptable, es decir, las bases de la moral son universales, pues ambas se reducen a dos virtudes: el sentido moral y justicia. Ello no obsta para que la adquisición de las mismas y su desarrollo se interpreten de forma distinta a lo largo de los tiempos. Estamos ante una cuestión ampliamente difundida y discutida: la de la igualdad básica de los seres humanos y los límites a la misma. “Breve historia de la Ética”, Victoria Camps editorial RBA.

general, lo que supondría a contrario sensu prácticamente dejar sin contenido real la regla general de voluntariedad. Así las cosas, hemos analizado las excepciones que regula el artículo 22, y hemos criticado los problemas que se plantean en orden a una recta interpretación de las mismas.

El eje esencial del debate se centra entendemos, en que como cualquier otro derecho fundamental el derecho a la intimidad, no es un derecho absoluto. Tiene límites. El nudo gordiano de este asunto se encuentra en fijar esos límites, y determinar cómo y quién puede poner los mentados límites. Lo ideal sería que el propio trabajador²¹ haciendo un uso razonable del derecho lo ejerciera como tal, estableciendo limitaciones al derecho fundamental, accediendo a los reconocimientos médicos de una forma responsable. Lo ideal sería que el ciudadano trabajador en este caso, y para este derecho fundamental al igual que en el resto de derechos fundamentales, señalase e impusiera los lindes, los términos de su ejercicio, es decir, actuase de forma virtuosa según el concepto antes enunciado en la nota nº 20. Esto no suele ocurrir, por lo que quien señala esas fronteras es una competencia que se atribuye al estado. Así el estado debe garantizar que, por lo menos, la libertad de no someterse al reconocimiento médico, vulnere derechos, o incluso obligaciones de otros, como sería el derecho de las empresas a la organización efectiva del trabajo regulado en el art.20 del TRET²², o la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores. Nos lo explico Hobbes con claridad meridiana al fundamentar la necesidad del Estado y el derecho, con sus coacciones respectivas, en el deseo de seguridad y conservación de las libertades individuales. Alguien debe encauzar el ejercicio de esos derechos y libertades fundamentales, no hay más remedio que tener policía para que podamos sentirnos libres²³.

²¹ “La condición humana está hecha de forma que pueda utilizar la libertad para enaltecerse o degradarse a sí misma” Sófocles/Pico de la Mirandella.

²² Texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores RD1/1995, de 24 de marzo.

²³ El mito de Prometeo en versión de Protágoras. “Una vez que Zeus creara la tierra y la poblara con seres vivientes, se dio cuenta de que éstos necesitaban recursos varios para defenderse de las adversidades y poder sobrevivir. A tal fin envió a Epimeteo a la tierra para que dotara a las distintas especies de lo más apropiado en cada caso para desenvolverse. Pero Epimeteo no era muy listo y calculo mal el reparto de los dones de que disponía, de forma que agotó todos los recursos en los animales y dejó al hombre desnudo y desprotegido. Es entonces cuando Zeus envía a Prometeo a la tierra para que otorgue al hombre en elemento imprescindible: el fuego. Prometeo así lo hace y los humanos adquieren las habilidades para defenderse de los animales, procurarse la alimentación que el cuerpo requiere. Con el fuego, el hombre adquiere la técnica para sobrevivir. Pero la técnica se muestra en seguida insuficiente: al hombre le falta algo más, le falta el sentido de la convivencia. Zeus observa alarmado que los hombres se pelean y amenazan con destruirse unos a otros. Para evitarlo, recurre a Hermes y lo envía a la tierra con un mandato: que distribuya entre los humanos “el sentido moral y la justicia” (aidos y diké). Ante la pregunta de Hermes en busca de precisión: ¿cómo debo hacer el reparto? ¿debo dar ambas virtudes a todos por igual o las virtudes morales se reparten como están repartidos los conocimientos: unos son médicos; otros, agricultores; otros, militares? La respuesta de Zeus, es inequívoca: A todos, dijo Zeus, y que todos sean partícipes. Pues no habría ciudades, si sólo algunos de ellos participaran,

En realidad, decimos que lo ideal sería seguir la literalidad del precepto de la Directiva Marco²⁴. Sin embargo, nuestra legislación a “enrarecido” la simpleza de esa Directiva y ahora andamos definiendo fronteras. O, mejor, atribuyendo esa competencia al Estado.

Se requiere una especie de “*new deal*” para la vigilancia de la salud, admitiendo la realidad circundante de nuestros días, que infiere como dato sustancial, la absoluta desafección de la ciudadanía, a los valores, compromisos, etc. haciendo de esta forma generalizable y asumible la tesis del egoísmo como epicentro de la personalidad del hombre moderno. No somos libres, no somos capaces de gobernar nuestras pulsiones, que son guiadas por intereses de muy diversa índole, que marcan nuestro camino, de la misma forma que las feromonas en las hormigas marcan y guían conductas. Ello requiere inexorablemente intervenciones reguladoras por parte del estado, que nos hagan recordar parte de nuestras obligaciones.

Pues bien, en este sentido se requiere que el legislador se deje de zarandajas, y establezca sin remilgos la obligatoriedad o la voluntariedad absoluta de los controles de salud a los/as trabajadores/as, y que lo haga de forma clara y contundente, sin titubeos, estableciendo la necesidad de someterse a los controles médicos durante la actividad laboral de una persona.

Ello por lo ya expuesto, porque es consustancial a la naturaleza humana, y porque de no realizarse, se conculcan los derechos de otros obligándose a difíciles equilibrios a los que siendo garantes de la seguridad y salud de los trabajadores, se ven impelidos a adoptar una complicada posición, cuando los trabajadores hacen uso del derecho a renunciar al reconocimiento médico, estando vigente la obligación de garantizar la integridad de las personas que prestan servicio en una organización art. 14 LPRL.

En el ámbito de las relaciones laborales por desgracia, hoy día no existe un marco de referencia común a todos los actores, ello crea estridencias, desajustes, incoherencias, que exigen una redefinición conceptual de figuras como la que nos ocupa, que han sido diseñadas y pensadas para una población no inerte, sino que discuta y se sienta concernida por los asuntos públicos, y no únicamente cuando éstos les afectan directamente en alguno de sus intereses. Estas virtudes públicas de ejercicio razonable de derechos, no es el sello de nuestra sociedad, luego esta atribución debe ser regulada

como de los otros conocimientos. Además, impón una ley de mi parte: que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad. “Breve historia de la Ética”, Victoria Camps editorial RBA, pp. 22 y ss.

²⁴ Relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE). Artículo 14 Vigilancia de la salud. 1. Para asegurar que los trabajadores reciban la vigilancia sanitaria acorde con los riesgos de salud y seguridad en que incurran en el trabajo, se fijarán medidas de conformidad con las legislaciones y / o prácticas nacionales. 2. Las medidas contempladas en el apartado 1 deberán permitir que cada trabajador, si así lo desea, puede someterse a una vigilancia de salud a intervalos regulares. 3. Vigilancia de la salud puede ser proporcionada como parte de un sistema nacional de salud.

con mayor eficacia por parte del estado, eliminando cataratas que obstaculicen una visión centrada y clara del asunto.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- *“Breve historia de la Ética”*, Victoria Camps editorial RBA
- I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias y el de Industria Azucarera (28) que fijan únicamente una revisión médica al inicio del trabajo. La vigilancia de la salud en la negociación colectiva. Natividad Mendoza Navas, Profesora Dr. TEU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.
- *“Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales, comentarios al art. 22”*, Por Maria Teresa Igartua Miró, Profesora titular de la universidad de Sevilla. Editorial Aranzadi 2010.
- *“Criterios básicos para la vigilancia de la salud de los trabajadores: decálogo sobre la vigilancia de la salud en el trabajo”*. Boix, P., Benavides, F., Soriano, G., Moreno, Moreno N., Roel, J.M., García-Gómez, M. Arch Prev Riesgos Labor 2000; 3-4: 175-177.
- Comentario efectuado a la sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009 (rtc 2009, 159), del tribunal constitucional, que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad, por D. Víctor Manteca Valdelande; Doctor en Derecho.
- *“La salud y seguridad laboral en la negociación colectiva”* Gregorio Tudela Cambroneroy Yolanda Valdeolivas García Profesores Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Autónoma de Madrid.
- *“La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales”* NTP 959 INSHT.
- *“La vigilancia de la salud en la negociación colectiva”* Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales, nº 52, p. 12, Sección Artículos, 01 de Septiembre de 2008 Natividad Mendoza Navas, Profesora Dr. TEU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.
- *“La vigilancia de la salud”* Manuel Velázquez Fernández jefe de la inspección de trabajo y seguridad social de Bizkaia. Charla impartida en Coitibi/AVATEP el día 12-12-2012.
- *“Reconocimientos médicos en el ámbito laboral Algunas cuestiones resueltas por la doctrina constitucional.”* Actualidad jurídica Uría Menéndez/13-2006 Ana Higuera Garrido, abogada del departamento de derecho laboral de Uría Menéndez (Madrid).
- *“Voluntariedad/obligatoriedad de la vigilancia de la salud”*, Societat Catalana de Seguretat i Medicina del Treball.