

GRADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2015/2016



**LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS
TRABAJADORES. ANÁLISIS DESDE UNA
PERSPECTIVA PREVENTIVA**
*(HEALTH SURVEILLANCE OF WORKERS. ANALYSIS FROM A
PREVENTIVE PERSPECTIVE)*

Realizado por la alumna Sara Rodríguez Oria

Tutorizado por la Profesora Dña. Susana Rodríguez Escanciano

LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES. ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA PREVENTIVA

I. RESUMEN.....	4
II. ABSTRACT.....	5
III. OBJETO DEL TRABAJO	6
IV. METODOLOGÍA	7
V. LA JUSTIFICACIÓN DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.....	8
VI. LA VIGILANCIA DE LA SALUD EN LOS CENTROS DE TRABAJO. APUNTE SOBRE SU REGULACIÓN JURÍDICA.	10
VII. ¿DEBER DEL EMPRESARIO O DERECHO DEL TRABAJADOR?	14
VIII. LA VOLUNTARIEDAD DE LOS RECONOCIMIENTOS Y SUS EXCEPCIONES.....	17
A. EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR. REQUISITOS	20
B. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL.....	22
1. Imprescindible evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.	24
2. Supuestos de peligro para el propio trabajador, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.	25
3. Obligatoriedad legal.....	28
C. RECONOCIMIENTOS MEDICOS EN VIRTUD DE DETERMINADOS AGENTES PATOGENOS ESPECIFICOS:.....	30

1. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.....	31
2. Trabajos con manipulación de cargas.....	33
3. Trabajos que incluyen pantallas de visualización.....	33
4. Trabajos con exposición a agentes biológicos.....	34
5. Trabajos con exposición a agentes químicos.....	35
6. Trabajos con exposición a vibraciones mecánicas.....	37
IX. LA PRÁCTICA DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y DIGNIDAD DE LA PERSONA.....	38
A. CONTENIDO Y PRUEBAS.....	44
B. RESULTADOS.....	45
C. PERTINENCIA Y PROPORCIONALIDAD.....	46
X. ÁMBITO TEMPORAL Y PERIODICIDAD DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS.....	47
A. PREVIOS A LA CONTRATACIÓN.....	48
B. INMEDIATAMENTE POSTERIORES A LA CONTRATACIÓN.....	49
C. POR MODIFICACIÓN DE TAREAS.....	50
D. PERIÓDICOS DURANTE LA RELACIÓN LABORAL.....	50
E. TRAS AUSENCIAS PROLONGADAS POR MOTIVOS DE SALUD.....	51
F. POSTERIORES A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.....	51
XI. CONFIDENCIALIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA.....	52
A. TRATAMIENTO Y PROTECCION DE LOS DATOS.....	53
B. ACCESO DE TERCEROS A LOS DATOS.....	57

1. Secreto profesional	61
2. Deber de sigilo profesional	62
C. CONFIDENCIALIDAD DE DATOS Y NO DISCRIMINACION.....	63
D. INFORMACION DEL TRABAJADOR AL EMPRESARIO. ALCANCE	64
XII. FUNCIONES DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS TRABAJADORES.....	68
XIII. CONSECUENCIAS DE LA ACREDITACIÓN DE UN ESTADO DE SALUD INCOMPATIBLE CON EL PUESTO DE TRABAJO.....	69
XIV. LA NEGATIVA DEL TRABAJADOR A LA PRÁCTICA DE UN RECONOCIMIENTO MÉDICO.	75
XV. CONCLUSIONES	79
XVI. BIBLIOGRAFÍA	82

I. RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado analiza los denominados reconocimientos médicos o exámenes de salud de los trabajadores, regulados principalmente en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Cuyo régimen jurídico plantea numerosos problemas desde el punto de vista preventivo, pues el tenor literal no resuelve con claridad si su práctica es voluntaria u obligatoria, ni el ámbito temporal y periodicidad con la que han de llevarse a cabo.

Ello sin olvidar que, la vigilancia de la salud debe realizarse respetando en todo momento el derecho a la intimidad de los trabajadores y la confidencialidad de las pruebas, para que los resultados obtenidos no resulten discriminatorios en ningún caso, pero sin dejar de redundar en el objetivo de evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Palabras clave: Vigilancia de la salud. Reconocimientos médicos. Voluntariedad. Obligatoriedad. Consentimiento. Intimidad. Confidencialidad.

II. ABSTRACT

This paper focuses on the analysis of the so-called medical examinations or health screenings, mainly regulated in Article 22 of Ley 31/1995 of 8 November of Prevención de Riesgos Laborales. Such legal regime raises many issues from the preventive point of view, as the wording does not clearly resolve whether this practice is voluntary or mandatory, nor the time domain and frequency with which they must be carried out.

Furthermore, not to forget that health monitoring should be carried at all times respecting the privacy rights of employees and the confidentiality of the medical tests, so that the results do not prove discriminatory in any case, but still comply with its purpose of avoiding accidents at work and occupational diseases.

Keywords: Health monitoring. Medical examinations. Voluntariness. Enforceability. Consent. Privacy. Confidentiality.

III. OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente Trabajo de Fin de Grado consiste en conocer cuáles son los procedimientos y la forma de realización de los reconocimientos médicos a los trabajadores, sabiendo que su práctica no puede afectar en ningún caso a la intimidad personal, ya que es muy importante proteger este derecho fundamental recogido en el artículo 18 de la Constitución Española.

La vigilancia de la salud supone un verdadero deber para el empresario, el cual está sujeto a unas pautas que no le permiten su realización arbitraria, suponiendo en caso contrario responsabilidades para éste. Y desde el punto de vista del trabajador, en el artículo 22.1 LPRL se recoge como regla general la voluntariedad de los exámenes médicos, debiéndose contar con el consentimiento del trabajador. Sin embargo, esta regla general tiene excepciones muy amplias y en caso de negativa podrán también los trabajadores incurrir en responsabilidades.

Por tanto, lo que se quiere observar es la importancia que la vigilancia de la salud tiene frente a los derechos fundamentales mencionados y en qué momento se están respetando estos derechos y en cuáles, sin embargo, se está produciendo una vulneración. Todo ello sin olvidar que el fin último radica en evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

IV. METODOLOGÍA

Tras la asignación de tutores, me reuní con mi tutora del Trabajo de Fin de Grado, Dña. Susana Rodríguez Escanciano, para analizar el tema sobre el que íbamos a trabajar y tras la decisión del objeto del trabajo, procedí a realizar un índice sobre los puntos sustanciales a abordar.

Seguidamente, procedí a realizar una búsqueda de las fuentes legales, jurisprudenciales y convencionales aplicables. Con posterioridad, analicé las publicaciones (monografías y artículos doctrinales) sobre la materia, dedicando especial atención a los diferentes comentarios encontrados respecto del artículo 22 LPRL, para tener una buena base en relación con el mencionado precepto, ya que gira en torno a él esta materia. También utilicé diferentes manuales, algunos más genéricos referidos a la seguridad y salud en el trabajo, y otros más específicos abarcando concretamente el presente objeto de estudio.

Una vez obtenida una visión de conjunto, empecé a redactar los distintos epígrafes adoptando una perspectiva descriptiva, pero, a la vez, crítica, con el fin de desgranar las bondades y defectos de la regulación existente, sin descartar realizar propuestas de mejora. Todo ello con el objetivo último de conseguir un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección de la salud laboral como deber empresarial de vigilar la salud de los trabajadores.

V. LA JUSTIFICACIÓN DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.

El trabajo constituye un factor de riesgo para la salud y seguridad de los trabajadores¹. Por trabajo, cabe entender “la actividad que realiza el hombre alterando el entorno para su beneficio, con el fin de dar satisfacción a sus distintas necesidades”²; y por salud, acudiendo a la definición dada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), se entiende por tal “el estado de bienestar físico, mental y social completo, y no meramente la ausencia de enfermedad”. Uno de los problemas de la definición de salud realizada por la OMS es la falta de delimitación de los términos “completo” y “bienestar”³. La Ley 31/1995, de 8 de mayo, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), a pesar de tener como objeto principal promover la salud de los trabajadores, no incluye definición alguna de lo que por salud procede considerar, aunque sí recoge, el concepto de daños derivados del trabajo, que abarca enfermedades, patologías y lesiones que pueda sufrir el trabajador, y traiga causa en el desarrollo de su trabajo⁴. Para completar este enunciado, es menester acudir al Convenio 155 OIT, artículo 3.e, que abarca los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo.

Debido a la evolución de nuestra sociedad, que ha supuesto avances tanto tecnológicos como científicos, se observa un desarrollo más correcto y seguro de las relaciones laborales, pero también a consecuencia de este mismo motivo, se han creado otros nuevos problemas y riesgos. Por eso, entre las obligaciones del empresario en materia de seguridad laboral, se encuentra la de garantizar a los trabajadores a su servicio una vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta obligación se lleva cabo a través de los reconocimientos médicos que permiten la realización de indagaciones, pruebas clínicas, controles biológicos, evaluación del estado salud, conocimiento de sus patologías y su origen, con la aplicación de los oportunos remedios. Lo que ocurre es que los reconocimientos

¹ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. León, EOLAS, 2009, p.27.

² Según explica ARGAL VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*. León, EOLAS, 2013.

³ ROMERO RODENAS, M^a. J.: *SIDA y toxicomanías. Una análisis jurídico laboral y de la seguridad social*, Madrid, IBIDEM, 1995, p.46.

⁴ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.39.

médicos implican una intromisión en la esfera privada del trabajador que puede suponer una agresión a su intimidad personal garantizada en el artículo 18.1 de la Constitución Española.

El deber de vigilancia de la salud, recogido en el artículo 22 de la LPRL, quiere alcanzar dos objetivos⁵: valorar los efectos que se producen en la salud de los trabajadores, debido a las condiciones de trabajo, evaluando si las medidas de prevención y protección son las adecuadas, o si deben ser modificadas; y comprobar si el estado de salud del trabajador es compatible o no con el trabajo, y en caso de respuesta afirmativa, si puede provocar algún peligro para él o para los demás.

La vigilancia de la salud, posee dos vertientes⁶:

1. Vigilancia de la salud de carácter colectivo, que se refiere a la recopilación de datos epidemiológicos de los daños derivados del trabajo en la población activa para controlarlos y que es imprescindible para establecer la relación causa-efecto entre los riesgos laborales y los problemas de salud derivados de los mismos, conocer las actividades de prevención que van a ser necesarias, su priorización y la valoración de su efectividad real. Se trata, así, del recuento, obtención, interpretación y análisis de datos sobre riesgos, enfermedades o accidentes, para programar las actuaciones y poder suministrar información a los agentes responsables del control y prevención.
2. Vigilancia de la salud de carácter individual, que se concreta a través de los reconocimientos médicos, que son de carácter finalista y específico, y su objetivo principal es la detección de cualquier enfermedad que pueda padecer o padezca el trabajador debido a la prestación del servicio. Esto servirá para poner de manifiesto si las medidas preventivas son adecuadas y si el empleado disfruta de la capacidad necesaria para afrontar los riesgos propios del trabajo.

Aunque la vigilancia en materia de salud laboral contiene una clara vertiente colectiva, el concepto que recoge la LPRL hace referencia a la vigilancia individual.

Resta por mencionar al objeto de completar la aproximación a este eje vertebrador de la política preventiva sobre la empresa una sentencia del Tribunal Supremo⁷ que

⁵ AGRA VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*. Cit., p.111.

⁶ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.28.

establece como “el artículo 14 LPRL reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, estableciendo, correlativamente, una obligación genérica del empleador en la vigilancia de la salud de los trabajadores que se desarrolla en el artículo 22 LPRL, a cuyo tenor el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica en su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. No cabe duda, pues, que la vigilancia de la salud es, tanto desde la situación del derecho del trabajador como de la obligación empresarial, un instrumento al servicio de la prevención de los riesgos laborales. Pero también es claro, que esta obligación empresarial de vigilancia de la salud de los trabajadores se lleva a la práctica mediante los reconocimientos médicos adecuados sin que esto supongan una intromisión en la esfera privativa del trabajador, lo cual podría suponer una agresión a su intimidad personal, de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune ante toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo humano quisiera imponerse sobre la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento”.

VI. LA VIGILANCIA DE LA SALUD EN LOS CENTROS DE TRABAJO. APUNTE SOBRE SU REGULACIÓN JURÍDICA.

El origen del deber contemplado y regulado en el artículo 22 LPRL se encuentra en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, cuyo artículo 14 establece que “para garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo, se fijarán medidas de conformidad con las legislaciones y usos nacionales, las cuales permitirán que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia de la salud a intervalos regulares”. Este tenor suministra ciertas pautas básicas al legislador nacional⁸:

⁷ STS de 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007/1503).

⁸ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 53, 2004, p.183.

1. En primer lugar, subraya el carácter específico y finalista de la vigilancia de la salud de los trabajadores atendiendo a los riesgos laborales a que están sometidos.
2. En segundo término, introduce el principio de voluntariedad de los reconocimientos para los trabajadores afectados, en coherencia con la configuración de los mismos como un derecho subjetivo.
3. Y por último, se contempla la periodicidad de estos exámenes de salud, que han de realizarse a intervalos regulares.

La regulación nacional sobre vigilancia de la salud de los trabajadores, como ya se ha mencionado anteriormente, se encuentra reflejada en el artículo 22 (LPRL) que surge para colmar tanto las exigencias constitucionales en materia de seguridad y salud, como las disposiciones comunitarias (Directiva 89/391/CEE) y demás compromisos internacionales⁹. En concreto, el artículo 22 LPRL establece la obligación de vigilar la salud por parte del empresario, situación que anteriormente solo se contemplaba para empresas de más de cien trabajadores que dispusieran de Servicios Médicos de Empresa.

La trasposición de la Directiva se refleja fundamentalmente en el citado artículo 22 LPRL y se desarrolla parcialmente en el artículo 37.3 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), que toma como guía las mencionadas pautas. En efecto, los reconocimientos son específicos y finalistas, se acoge el principio de voluntariedad como regla general y su realización se lleva a cabo de modo periódico. Pero a partir de estos datos básicos, el legislador nacional construye un verdadero sistema de vigilancia de la salud lo suficientemente complejo como para plantear dudas y desvelar detalles no resueltos, y sobre el que a continuación se dibujan, a trazos muy gruesos, sus elementos esenciales.

Para determinar el contenido del deber de vigilar la salud juegan un papel determinante los límites que el propio legislador impone al empresario. Entre esos límites, algunos derivados de derechos constitucionales, el legislador lo que hace es traerlos a la norma legal para acentuar su papel limitador. Así, se establece que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se han de llevar a cabo

⁹ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p.178.

respetando siempre el derecho a la intimidad y dignidad de la persona del trabajador. También se garantiza la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud, no pudiendo utilizarse esta con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

Por tanto, el deber empresarial de vigilar la salud de los trabajadores linda con los derechos fundamentales de estos últimos, exigiendo así el legislador que los reconocimientos o pruebas que se realicen estén sujetos a la restricción básica de que deben ser proporcionales al riesgo. Y por otro lado, el último párrafo del artículo 22.1 LPRL establece que habrá de optarse por las pruebas y revisiones que causen las menores molestias al trabajador. Desplegando esta regla efectos cuando haya pruebas alternativas con un parecido grado de efectividad, no tratándose de seleccionar las pruebas menos agresivas con carácter general, sino las menos agresivas cuando existan varias mediante las cuales se pueda conseguir el mismo objetivo, que es proteger eficazmente la salud del trabajador.

Además deben tenerse en cuenta las numerosas disposiciones reglamentarias que contienen reglas específicas en cuanto al contenido de los reconocimientos médicos según los riesgos a los que estén expuestos los trabajadores. El artículo 37.3.c) RSP, paralelamente, establece que el desarrollo de la vigilancia sanitaria ha de llevarse a cabo siguiendo protocolos específicos, y que el Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas, oídas las sociedades científicas competentes, y de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad en materia de participación de los agentes sociales, establecerán la periodicidad y contenido específico de cada uno. Tienen por objetivo fijar unas reglas, procedimientos y contenidos homogéneos para la vigilancia de la salud. Se trata de guías de actuación para el control de las pruebas a realizar y la periodicidad de las mismas¹⁰. Para los puestos de trabajo con riesgo, que aún no tengan protocolo sanitario específico, el artículo 37.3.c) RSP indica un contenido mínimo que han de presentar los controles médicos que se realicen a los trabajadores:

¹⁰ Actualmente se encuentran aprobados ya los protocolos para los trabajadores expuestos a agentes biológicos, manipulación manual de cargas, ruido, pantallas de visualización de datos. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p.184.

- Se debe incluir una historia clínico-laboral en la que figuren los datos anamnesis¹¹
- Exploración clínica
- Control biológico
- Estudios en función de los riesgos inherentes al puesto de trabajo
- Descripción del puesto
- Tiempo de permanencia en el mismo
- Riesgos en las condiciones de trabajo
- Medidas de prevención adoptadas.
- Y si se dispone de la información, se debe hacer constar una descripción de los anteriores puestos de trabajo desempeñados, los riesgos presentes y el tiempo de permanencia.

El artículo 22 LPRL determina, al tiempo, quienes deben realizar los controles de salud a los trabajadores, que será el personal sanitario en los términos del artículo 37.3 RSP, y regula el acceso a la información médica que así se obtenga.

La negociación colectiva también tiene un papel normativo, que complementa y precisa el marco legal y reglamentario para los reconocimientos médicos. La generalidad en la que se expresa el artículo 22 LPRL ha hecho surgir previsiones muy concretas acerca del contenido de los reconocimientos (electrocardiogramas, analíticas, análisis ginecológicos y urológicos, revisiones oftalmológicas...). En algunos convenios, se ha asumido la irrupción de nuevos riesgos profesionales generados por las modernas tecnologías, y se conviene a tal efecto la adecuación de las exploraciones médicas. También es frecuente, encontrar advertencias convencionales sobre que el coste de los reconocimientos médicos correrá a cargo de las empresas, ya que la Ley establece que en ningún caso el coste de las medidas de seguridad y salud recaerá sobre los trabajadores (artículo 14.5 LPRL), careciendo este tipo de previsiones de efectos constitutivos, siendo más útiles por su finalidad aclaratoria o simplemente pedagógica.

En cuanto al tratamiento de los datos, se reitera lo establecido en el artículo 22.3 LPRL respecto de la necesidad de que se facilite la información a los propios afectados. Se pormenorizan, así, las condiciones de acceso a los resultados, en orden a proteger la

¹¹ Término médico con el que se alude al “conjunto de los datos clínicos relevantes y otros del historial de un paciente”. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.

intimidad de los trabajadores y el derecho de estos a no verse perjudicados por sus datos sanitarios, garantizando su no discriminación.

También se encuentra una mención acerca de esta regulación en la LPRL en su artículo 14 que reconoce al trabajador un derecho de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo el derecho a la vigilancia de la salud¹².

VII. ¿DEBER DEL EMPRESARIO O DERECHO DEL TRABAJADOR?

La protección que se ofrece a los trabajadores a través de la prevención de riesgos laborales, respecto de su seguridad y salud, se articula en torno a dos ámbitos:

1. Por un lado, la política de prevención que desarrollan las administraciones públicas
2. Y, por otro, el derecho que tiene el trabajador a una protección eficaz y adecuada, lo que genera una obligación empresarial.

Bajo estas premisas 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 una parte, la existencia de un correlativo derecho para el trabajador, pero también, de otra, un deber de someterse a aquellas pruebas que sean pertinentes para verificar que el estado de salud del trabajador no puede afectar al bienestar de terceras personas vinculadas a la empresa, o no puede estar sufriendo menoscabo alguno por el desempeño de las funciones inherentes a su puesto de trabajo¹³. “La ley por tanto, opta técnicamente por construir el contenido del derecho de los trabajadores a partir del correlativo deber del empresario”¹⁴.

¹² FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.33.

¹³ LUQUE M. y SANCHEZ E.: *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, UGT Catalunya, 2008, p.190.

¹⁴ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit.

El artículo 14 de la LPRL viene a traducirse en el correspondiente deber empresarial de garantizar una vigilancia periódica del estado de salud del trabajador en los términos establecidos en el artículo 22 LPRL: “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”, que construye un sistema amplio y complejo de vigilancia de la salud.

Existe un deber de vigilancia periódica de la salud de los empleados en función de los riesgos inherentes al trabajo. Por tanto, no se trata de una facultad sobre la que pueda disponer el empresario, ya que su ausencia puede ser motivo de sanción¹⁵.

El deber que tiene el empresario de vigilar la salud de sus propios trabajadores se analiza desde un punto de vista de integración genérico refiriéndose así a todos los aspectos relacionados con el trabajo¹⁶. El empresario debe adoptar cuantas medidas sean necesarias, tanto en materia de prevención, como en evaluación de riesgos y vigilancia de la salud, constituyéndose de tal forma en “deudor obligado a proporcionar a sus empleados una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”¹⁷. Constituyendo, así, una deuda de seguridad que el empresario contrae con sus trabajadores por el hecho de que éstos prestan servicios bajo su ámbito de organización.

La importancia del deber de protección es tal porque “la evitación y no acaecimiento de contingencias laborales dependerá de cómo el empresario haya planificado su actividad preventiva, que ha de tratarse de un prevención y protección eficiente”¹⁸, por tanto, constituye para la empresa “la activación de todo un mecanismo de derechos y deberes que deben compenetrarse”¹⁹.

¹⁵ El artículo 12.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) prevé expresamente como infracción grave la no realización de los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores. TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit.

¹⁶ AGRA VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*.Cit., p.111.

¹⁷ STSJ Madrid de 17 de Octubre de 2001 (AS 5560).

¹⁸ SALCEDO BELTRAN, Mª. C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p.15.

¹⁹ PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Madrid, CES, 2005, p.171.

Debido a que el empresario ostenta la titularidad de su centro de trabajo y es quien organiza y dirige la actividad productiva de la que se beneficiará, se le tiene como principal obligado y principal responsable de que el lugar de trabajo así como las condiciones en las cuales se desarrolla una prestación de servicios, revistan de toda la seguridad que exige la normativa. Por eso, estas obligaciones no finalizan con el diseño de un plan preventivo, sino que se exige su integración en el sistema general de la empresa, no en vano el artículo 16.1 LPRL concreta que debe integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, teniendo en cuenta todas sus actividades y niveles jerárquicos, lo cual obliga a realizar tanto una evaluación de riesgos como controles periódicos de las condiciones de trabajo para detectar situaciones potencialmente peligrosas. El artículo 22 LPRL establece que la vigilancia de la salud es un deber instrumental del empresario respecto a quien para él preste servicios, la cual viene a consistir en detectar los efectos que pueden provocar en la persona del trabajador los riesgos inherentes a su trabajo, manifestándose a través de una alteración de la salud, ya sea física o mental²⁰.

El deber de protección tiene un carácter variable²¹, ya que es imposible su traslado a otros sujetos, porque permanentemente debe ser modificado en atención a las nuevas circunstancias laborales y a los nuevos mecanismos de producción y protección individual o colectiva. Si se incumple con esto, el empresario adquirirá una serie de responsabilidades de las que no podrá eximirse debido a la importancia de las obligaciones impuestas.

Por ende, la vigilancia de la salud constituye una obligación empresarial que se corresponde con el correlativo derecho del trabajador a someterse a una serie de exámenes médicos periódicos que verifiquen las incidencias de las condiciones de trabajo en su estado de salud. En definitiva, desde la perspectiva de ambas partes, debe erigirse como un instrumento al servicio de la prevención de los riesgos laborales que puede suponer el pilar para construir la actividad preventiva de la empresa, teniendo un papel relevante para la detección precoz de enfermedades y siendo un elemento esencial determinante de la aptitud psicofísica de un trabajador.

²⁰ Aun cuando la misma no llegue a constituir un daño derivado del trabajo. SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, 3ª Ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 210.

²¹ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.35.

VIII.LA VOLUNTARIEDAD DE LOS RECONOCIMIENTOS Y SUS EXCEPCIONES.

Como ya consta, la vigilancia de la salud es una obligación que impone la ley al empresario, pero surge la duda de si lo es también para el trabajador²². Esta cuestión la resuelve el artículo 22.1 LPRL, que recoge como regla general que los reconocimientos médicos solo podrán llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, ya que nos encontramos ante un derecho del trabajador. Se acoge de esta manera el principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos asentado en el artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE, y su trasposición al ordenamiento interno, que supuso la derogación en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y en el Reglamento de Servicios Médicos de Empresa, los cuales imponían su realización. Con anterioridad a la transposición de la norma comunitaria, los reconocimientos eran obligatorios para el trabajador, y por tanto, un deber. Pero en la actualidad, queda salvaguardada la libertad de los trabajadores de disponer sobre su salud, en coherencia con la configuración de los reconocimientos médicos como un derecho subjetivo para los mismos²³. Por tanto, éste es libre para decidir si quiere o no someterse a los exámenes, debiendo aportar su aquiescencia con carácter previo y ser exteriorizada de alguna forma concluyente su voluntad de someterse a cada concreto tipo de prueba. Aunque no es imprescindible, es recomendable que se materialice por escrito, admitiendo su revocación en cualquier momento antes del examen²⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, el consentimiento es la clave de bóveda para enervar una intromisión en la intimidad de cualquier persona, es decir, para poder legitimar una injerencia en nuestra vida privada. Y este mecanismo no es nuevo para el caso de la vigilancia de la salud²⁵, ya que también aparece en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, encargada de regular la protección civil de los derechos contenidos en el artículo 18.1 CE, estableciendo el artículo 2.2 de esta ley que no se apreciara la

²² TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 180.

²³ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p.187.

²⁴ PEDROSA ALQUEZAR, I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid, 1999, p. 98.

²⁵ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 180.

existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando esté expresamente autorizado por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso. Aunque la mencionada LO 1/1982 requiere que para permitir una intromisión en la intimidad el consentimiento sea expreso, el artículo 22.1 LPRL no exige una aprobación tan elevada. Ya que, por ejemplo, para poder efectuar un reconocimiento médico que busque detectar el consumo de drogas, no se requiere que el consentimiento sea expreso. Además, este podría darse de forma escrita o verbal, así como también tácita²⁶.

El empresario garantiza el cumplimiento de su deber, cuando ofrece a sus empleados los reconocimientos médicos adecuados y estos se realicen porque así quiera el interesado, ya que, debido a la necesidad de consentimiento por parte del trabajador, la obligación no es un hacer efectivo sino que pasa a ser un ofrecimiento. Por tanto, el deber legal impuesto al empresario, no será una obligación hasta que la condición se cumpla. Queda así protegida la libertad para disponer sobre la propia salud siendo coherente con la configuración dada a los reconocimientos médicos, concebidos, como ya se ha mencionado anteriormente, como un derecho subjetivo del trabajador.

Se consagra en la LPRL la voluntariedad como regla general, estableciendo el artículo 22.1 que: “solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento”. Este carácter voluntario va encaminado a garantizar que se limite la incidencia de este tipo de medidas en la erosión de otros derechos y libertades, como puede ser la intimidad o dignidad personal. Por tanto, el trabajador será “libre para decidir si someterse o no a los controles médicos, permitiendo en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales”. Que la parte afectada por el reconocimiento preste su consentimiento entronca “con el derecho a la personalidad dignidad e intimidad y encuentra su fundamento último en la libre autodeterminación de la persona”²⁷.

No se podrá alegar vulneración del derecho a la intimidad cuando el trabajador hubiese prestado su consentimiento para someterse a las pruebas médicas o psicológicas, ya sean estas comunes para todos los empleados o específicas para un

²⁶ De forma tácita se producirá cuando un trabajador se persona en la hora y lugar indicados para la revisión médica, aun sin comunicar previamente su voluntad o no de someterse a la misma. CAVAS MARTINEZ, F.: *Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador*, Pamplona, Aranzadi Social número 19/2004, p. 2.

²⁷ STC de 15 de Noviembre de 2004 (196/2004).

trabajador²⁸. Esta forma tan amplia de otorgar el consentimiento del artículo 22.1 LPRL ha sido matizada por los tribunales y la doctrina, estableciendo que el consentimiento otorgado de forma expresa o tácita no ampara el sometimiento a todos los reconocimientos médicos o psicológicos, sino que solo abarca un concreto examen. Por tanto, el consentimiento debe solicitarse para cada reconocimiento, no sirviendo para posteriores el otorgado en un momento dado. Incluso dentro de un mismo control médico, se debe dar la información completa acerca de las pruebas, pues en caso contrario se viciaría el consentimiento.

Esta situación se debatió por el Tribunal Constitucional en el caso de una trabajadora que prestó su consentimiento para una análisis de orina en el que se le detectó que era consumidora de cannabis, y fruto del resultado se extinguió su relación laboral. El Tribunal Constitucional²⁹ consideró que el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para que sean eficaces, requieren que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esta exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, y aun sin afectar a su intimidad corporal, que concierne al derecho más amplio a la intimidad personal, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad. Cabe apuntar así, que no será válido el consentimiento autorizado sobre una prueba médica de la que el trabajador no ha sido informado, ya que en estos casos el consentimiento estará viciado.

Por tanto, el consentimiento por parte del trabajador, a priori, constituye una limitación subjetiva sobre la vigilancia de la salud³⁰.

²⁸ Por ejemplo, ante la sospecha de consumo de alcohol o drogas por parte de un empleado concreto. TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 181.

²⁹ STC de 15 de Noviembre de 2004 (196/2004).

³⁰ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 182.

A. EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR. REQUISITOS

Para que el consentimiento del trabajador sea válido, este debe estar claramente informado respecto de los contenidos, técnicas y fines últimos del reconocimiento realizado. Para que el trabajador pueda proceder a consentir o no cada prueba es necesario que se le informe previamente sobre las mismas. La doctrina alude a un consentimiento previo e informado, y no hay duda de que la falta de información puede conducir a vicio de error.

La aceptación libre por parte del trabajador a someterse a las pruebas médicas, no supone una carta blanca para la empresa respecto de las pruebas a realizar, ya que, tal y como se dejó patente, para que el consentimiento sea válido, el trabajador debe estar informado respecto a los contenidos, técnicas y fines, sin olvidar lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que permite la posibilidad de revocar libremente por escrito el consentimiento en cualquier momento.

Con independencia de que la validez del consentimiento se condicione, naturalmente, a la ausencia de todo vicio en su emisión, la doctrina se ha planteado si es suficiente un consentimiento genérico, o si es necesario un consentimiento específico de cada prueba. Respecto de esta cuestión, existen tres interpretaciones, según el ámbito más o menos amplio que se quiera otorgar al consentimiento³¹:

- 1) Consentir la genérica vigilancia de la salud
- 2) Consentir cada reconocimiento médico
- 3) Consentir cada prueba de un reconocimiento médico.

Podría pensarse que la norma apunta a la segunda opción, pero hay que tener presente que el legislador no exige un consentimiento expreso ni lo configura como irrevocable como ya se ha dicho. Esto significa, que aunque el trabajador haya manifestado su voluntad de someterse de forma genérica a una vigilancia de la salud o a un reconocimiento médico específico, si en el momento de practicársele la prueba este se niega, estaría revocando su consentimiento para esa prueba. Por tanto, el trabajador,

³¹ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p.188.

debe dar su consentimiento previamente al inicio de los exámenes, y de modo específico, para cada prueba que componga a estos últimos. La negativa a pasar por un determinado control cuando previamente se hubiera convenido, no puede acarrear al trabajador responsabilidad laboral alguna, salvo que en realidad no se trate de reconocimientos voluntarios sino obligatorios. Pero, la inexistencia de responsabilidad laboral no exime de la posible responsabilidad que por daños y perjuicios hayan podido ser causados por el trabajador a la empresa a raíz de la revocación de su consentimiento³².

Respecto a la forma, la LPRL no establece la obligatoriedad de la forma escrita. Por tanto, aunque el consentimiento prestado por escrito sería lo más adecuado, será suficiente que se pueda verificar la voluntad real de someterse a la prueba médica, no excluyendo esto “la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad”³³, esto, sin perjuicio de los requisitos que eventualmente pueda establecer la negociación colectiva sobre la materia o de lo que quepa señalar sobre casos concretos, sobre todo por afectación de otros derechos. Se admite por tanto, el consentimiento tácito del trabajador, siempre que se le informe de manera adecuada del contenido de la revisión y que tras ese conocimiento el trabajador siga prestándose a su realización. La Sentencia del Tribunal Constitucional³⁴ anteriormente mencionada establece que “el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esta exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal. Y también es preciso un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, si conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad”.

³² Tal como señala el artículo 2.2 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, indicando el precepto que si de la revocación se derivan daños y perjuicios, incluyendo en ellos las expectativas, estos habrán de indemnizarse.

³³ STC de 15 de Noviembre de 2004 (196/2004).

³⁴ STC de 15 de Noviembre de 2004 (196/2004).

Sobre este punto, la negociación colectiva cumple un importante papel, pudiendo ofrecer condiciones específicas para prestar el consentimiento y considerarlo válido. Pero lo que hay que plantearse es si a través de la negociación colectiva se puede suplir el consentimiento individual de los trabajadores en los supuestos en los que este último es requerido por la ley. El carácter revocable del consentimiento debe ponerse en conexión con los términos estrictos en los que el legislador se refiere a este último: “esta vigilancia solo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario, solo se exceptuaran algunos casos”, entre los que no se encuentra la posibilidad de que la negociación colectiva prevea la obligación de los controles. Por tanto, lo que el legislador busca, es la voluntad personal de cada trabajador pudiendo siempre rechazar cualquier prueba que considere abusiva o que simplemente no se quiera someter a ella. Resultando así ilegales las cláusulas convencionales que establezcan la obligatoriedad de los reconocimientos médicos en todo caso o que vayan más allá de las excepciones que la ley contempla³⁵.

B. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

A pesar de la regla general, la legislación contempla excepciones al carácter voluntario en el artículo 22.1 segundo párrafo LPRL, pudiendo obligar al trabajador a someterse a reconocimientos o pruebas en contra de su voluntad, si para los casos previstos, queda total y perfectamente demostrada su excepcionalidad. Las excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad, quedan vinculadas a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o terceros, en determinados sectores con riesgos específicos o actividades de especial peligrosidad, ya que hay empresas y actividades sensibles al riesgo y por tanto trabajadores especialmente afectados, no pudiendo ser impuesta en los supuestos en los que solo esté en juego la salud del propio trabajador, sin un peligro cierto objetivable, ya que el trabajador es libre para disponer de la vigilancia de su salud³⁶.

Con la finalidad de no vaciar de contenido el principio de autonomía de la voluntad del trabajador, el Tribunal Constitucional ha señalado que estas excepciones deben

³⁵ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p.190.

³⁶ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.56.

interpretarse de forma restrictiva³⁷ ya que sino harían impracticable el derecho a la intimidad del trabajador y se terminaría vulnerando. Por tanto, si estas se analizan en cada caso concreto sin perder de vista su debida asociación hacia un riesgo inherente al trabajo, el carácter general del consentimiento no quedaría en segundo plano respecto a las excepciones³⁸. Los reconocimientos médicos obligatorios estarán habilitados por la ley, cuando concurren una serie de requisitos, que justificarían el alejamiento sobre la regla general de libertad de decisión del trabajador:

- 1) La proporcionalidad al riesgo. Que supone que no debe haber más alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos afectados.
- 2) La indispensabilidad de las pruebas. Por la acreditación de la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir.
- 3) 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 artículo 22.1 LPRL.

Por tanto, interpretando de forma restrictiva la amplitud con la que la norma aborda las situaciones de excepción, se respetaría mejor el equilibrio entre la vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador. Por lo que, la solución correcta va a depender de cada caso concreto, si bien, siempre existirán ciertas notas generales.

El derecho del trabajador de preservar su intimidad personal, cede ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que pueden verse afectados por un estado patológico de un compañero o la existencia de enfermedades que creen riesgos añadidos al puesto de trabajo y situaciones de peligro. Debido a esto, se establecen tres excepciones a la regla general. Las excepciones a la regla de voluntariedad que se van a mencionar a continuación, serán los únicos casos en los que el trabajador podrá ser obligado a someterse a la vigilancia de la salud.

Hay una polémica respecto de si el convenio colectivo, puede prever otros supuestos de obligatoriedad distintos a los de la LPRL o introducir aspectos que no encajen con

³⁷ STC, de 15 de Noviembre de 2004 (196/2004), donde se pronuncia el tribunal sobre los límites al ejercicio de la facultad empresarial de vigilancia de la salud, sin que esto suponga una fiscalización de la salud de los trabajadores que permita conocer determinadas prácticas o hábitos que pertenecen al ámbito de la intimidad o vida privada del trabajador.

³⁸ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 182.

las directrices en torno a las cuales se ordena. Este interrogante merece una respuesta negativa, pues el convenio colectivo, no puede prever otros supuestos de obligatoriedad distintos a la ley ni introducir aspectos que no encajen con las directrices marcadas. Sostiene la mejor doctrina que “la negociación colectiva solo puede colaborar con la norma estatal en la delimitación y precisión de las excepciones legalmente establecidas a la exigencia de consentimiento asumiendo una función de complementariedad”³⁹, ya que de lo contrario el trabajador podrá oponerse, pudiendo generar responsabilidad civil o penal para el empresario. Sin embargo, no se le podrá imputar ninguna responsabilidad por la no realización de controles si es por causa de la negativa del trabajador, a pesar de que se haya producido un daño por consecuencia de ello⁴⁰.

En la medida en que los convenios colectivos están sujetos por el principio de jerarquía y, consiguientemente, deben respetar las previsiones establecidas en la constitución y en la normativa legal y reglamentaria, cualquier previsión sobre la obligatoriedad o voluntariedad de los reconocimientos médicos, debe ajustarse a los requisitos y parámetros referidos a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida⁴¹. Por tanto, si los convenios colectivos prevén un reconocimiento médico con carácter forzoso, no encajando en ninguno de los supuestos mencionados a continuación, incurrirá en ilicitud, debiendo aplicarse las reglas de la nulidad parcial⁴².

1. Imprescindible evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.

Esta excepción, de enorme ambigüedad, se configura alrededor de dos garantías para salvaguardar los derechos fundamentales del afectado: que la vigilancia de la salud sea imprescindible; y que los representantes del personal emitan informe previo⁴³. En un principio, una interpretación literal de esta expresión podría llevar a pensar que siempre

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el Trabajo*, Cit., p. 215.

⁴⁰ FERNANDEZ COSTALES, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.57.

⁴¹ LUQUE M. y SANCHEZ E.: *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cit., p.194.

⁴² AGRA VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*. Cit., p.112.

⁴³ AGRA VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*. Cit., p.112.

resulta necesario reconocer al trabajador para comprobar si las condiciones de su trabajo provocan alteraciones en su estado de salud⁴⁴.

Sin embargo, se establece la obligatoriedad, en los casos en los que la realización de los reconocimientos médicos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo. Esto implica que debe ser el único procedimiento posible, no obviando que para evaluar los riesgos a los cuales están sometidos sus empleados (deber de protección eficaz que la ley impone al empresario) resulta preciso conocer la incidencia sobre la salud de las condiciones de trabajo para lograr tal objetivo.

Los reconocimientos tienen que resultar imprescindibles, entendiendo que solo tendrán este carácter en los supuestos en los que no proceda otro procedimiento alternativo válido para la evaluación, aunque cuesta pensar otro mecanismo que permita valorar la incidencia y compatibilidad de las condiciones de trabajo sobre la salud⁴⁵.

Pero para poder mantener el principio de voluntariedad, se aclara el término imprescindible, y será obligatorio cuando el reconocimiento sea absolutamente necesario para conseguir el fin, dejando fuera los que resulten convenientes, aconsejables o útiles⁴⁶.

2. Supuestos de peligro para el propio trabajador, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

En esta excepción, también juega de nuevo la doble garantía de imprescindibilidad e intervención de los representantes⁴⁷.

Se establece con el objetivo de verificar si el estado de salud del operario puede suponer un peligro para él mismo, para los demás o para otras personas relacionadas con la empresa. Pero este, está formulado con excesiva amplitud, por tanto, solo quedará justificado su uso obligatorio cuando sea imprescindible, es decir, solo cuando constituya el único mecanismo para determinar si el estado de salud de un trabajador

⁴⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 226.

⁴⁵ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p.191.

⁴⁶ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.52.

⁴⁷ AGRA VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*. Cit., p.112.

puede suponer un riesgo, no pudiendo ser utilizada la excepción, si solo hay meras sospechas o elucubraciones “acerca de posibilidades más o menos remotas de que dicho riesgo existiera o no”⁴⁸. Será imprescindible cuando se haga referencia a riesgos directos y posibles, dejando al margen los riesgos hipotéticos, indirectos e improbables.

La libertad del trabajador termina donde comienza el riesgo grave y posible de terceras personas que no tienen por qué verse afectados por la indolencia de ese trabajador, aunque a veces es difícil diferenciar hasta qué punto el riesgo asumido por el trabajador que se niega a someterse a un reconocimiento, finaliza en sí mismo o si se prolonga a terceros. La doctrina constitucional establece que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de libre ejercicio por los individuos y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de los poderes públicos. Por tanto, de las obligaciones de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión objetiva por parte del ciudadano. Esto supone una obligación para el legislador. La aplicación de esta doctrina constituye la base para comprender la actitud proteccionista hacia los trabajadores, colocando la tutela de estos derechos fundamentales por encima de la libertad individual de ejercerlos⁴⁹.

Se pretende de esta forma proteger no solo al trabajador individualmente considerado, sino también al interés general, como es la salud pública controlando los riesgos del trabajo, eso sí, teniendo en cuenta el tipo de actividad que desarrolla y las condiciones en las que lo hace⁵⁰, porque no siempre su estado de salud habrá de representar un peligro para los demás⁵¹.

⁴⁸ BALLESTER PASTOR, M^a. A.: *La vigilancia de la salud laboral*, social mes a mes, núm. 116, 2006, p.17.

⁴⁹ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p.191.

⁵⁰ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.54.

⁵¹ Por ejemplo, quien padezca la apnea del sueño pondrá en peligro su integridad física y la de los demás si es conductor de autobús, pero no si es auxiliar administrativo, y quien padezca enfermedades contagiosas solo constituirá un peligro para terceros si en su concreta actividad existe riesgo de transmisión de dicha enfermedad. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p.192.

Además esta previsión debe conectarse con lo dispuesto en el artículo 25.1.2 LPRL en virtud del cual los trabajadores no podrán ser empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico⁵² o por su capacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. La redacción de circunstancias es demasiado amplia al punto de mutar la regla general hacia la obligatoriedad.

Cuando el estado de salud del trabajador, pueda ser un peligro para él, la doctrina no es pacífica⁵³. Un sector defiende que, en tales circunstancias, el reconocimiento debe ser siempre voluntario, dado que el trabajador es libre de asumir riesgos para su salud y pueden existir otras circunstancias personales que esté interesado en proteger⁵⁴. Otro grupo considera, en cambio, que la obligación del reconocimiento deriva de que, el trabajador, en el marco de la prevención de riesgos, no solo tiene derechos sino también obligaciones, sin olvidar que el empresario puede resultar responsable si el riesgo se materializa. Como solución intermedia más acertada, procede interpretar que para imponer el reconocimiento habrá que estar a que el riesgo presente cierta gravedad y existan razones fundadas para sospechar de su existencia⁵⁵.

El reconocimiento deviene obligatorio cuando el estado de salud pueda constituir peligro para los demás trabajadores o para terceros, prevaleciendo el derecho al bienestar de las demás personas sobre el trabajador a no someterse a un reconocimiento, prevalencia que será válida siempre que tal examen clínico esté

⁵² En la medida en que se considere tal estado biológico del trabajador “un riesgo para la salud pública se le impone obligatoriamente el sometimiento a los reconocimientos médicos que sean precisos” MARTINEZ FONS, D.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 38.

⁵³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Cit., p. 227.

⁵⁴ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 191.

⁵⁵ Tal condicionante no concurre cuando la empresa decide someter a reconocimiento médico a todos los trabajadores que se incorporan al trabajo tras una baja laboral prolongada, 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 los requerimientos físico-psíquicos del puesto de trabajo. STSJ, Asturias, 9 de noviembre de 2007 (2605/2007).

justificado y sea razonable en función de la peligrosidad del estado de salud del trabajador⁵⁶.

Como ejemplo de excepción a la voluntariedad de los reconocimientos médicos debemos mencionar una sentencia del Tribunal Supremo⁵⁷ en un caso en el que los trabajadores afectados se encargan de la prevención y extinción de incendios, actividad “compleja y arriesgada que exige una buena capacidad física y psicológica, por desarrollarse frecuentemente en terrenos accidentados, con muy altas temperaturas y grandes emisiones de humo, y también su trabajo consiste en la prestación de auxilio a personas y cosas en catástrofes y emergencias, como nevadas e inundaciones”, de modo que su correcto estado de salud “evita o minimiza los peligros derivados del indiscutible riesgo de dicho trabajo, tanto para el propio trabajador como para los terceros relacionados con la empresa”. La detección de enfermedades que conviertan en inadecuadas las tareas encomendadas evitaran que los propios trabajadores puedan tener que ser auxiliados en situaciones de emergencia, haciendo surgir un riesgo para terceros. Por tanto, el reconocimiento médico cuestionado “cumple las exigencias constitucionales y legales para que pueda imponerse a los trabajadores” ya que “el derecho del trabajador a preservar su intimidad personal cede ante el derecho a la salud del resto de trabajadores que puedan verse afectados por el estado patológico de un compañero y el del empresario a conocer la existencia de enfermedades capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo y situaciones de peligro para cuantos se relacionan con el trabajador enfermo” interesando por tanto, esta segunda excepción: cuando se trata de verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás o para terceras persona.

3. Obligatoriedad legal.

El término disposición legal ha sido interpretado por algunos autores en sentido estricto constreñido a normas con rango formal de ley, mientras otros, la mayoría, se inclinan por una tesis amplia, comprendiendo también las normas reglamentarias⁵⁸.

⁵⁶ Cabe citar, como ejemplo, un pronunciamiento judicial que reconoce la obligatoriedad del reconocimiento médico de un vigilante afectado por un problema de sordera, algo que podía suponer un peligro para terceros, dado que el trabajo se desarrollaba en una obra en una zona apartada, en horario nocturno y portando un arma. STSJ, Extremadura, 13 de diciembre de 2013 (182/2013).

⁵⁷ STS de 10 de junio de 2015 (178/2014).

⁵⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Cit., p. 229.

Téngase en cuenta que la regulación de la prevención de riesgos en nuestro país es, desde un punto de vista cuantitativo, principalmente reglamentaria, habiéndose calificado siempre la LPRL como una norma básica y general. Por ello, la alusión a las disposiciones legales debe interpretarse ampliamente, como comprensiva de toda norma legal o reglamentaria que contenga previsiones en este sentido⁵⁹.

Respecto a los convenios colectivos, aunque hay autores que los consideran igualmente integrados en la alusión a las disposiciones legales⁶⁰, pero se va a mantener la opinión contraria, ya que, aunque los convenios pueden regular y precisar los casos en los que operan las excepciones a la voluntariedad, no parece posible que contemplen por sí mismos la obligatoriedad de los reconocimientos. Si a esto se añade, que la negociación colectiva nunca puede alterar *in peius* lo dispuesto en las normas legales, no cabe más que rechazar la cláusula convencional que no se limite a detallar o completar los casos legales o reglamentarios. Los convenios colectivos únicamente pueden asumir una función complementaria respecto de la ley sin que puedan añadir excepciones al principio general de voluntariedad de la vigilancia médica más allá de las previstas en las normas legales o reglamentarias. De la misma manera, las disposiciones internas de la empresa tampoco podrán establecer supuestos de obligatoriedad ajenos a los especificados en la ley.

Esta excepción tendrá lugar cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria, en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Estos son conceptos jurídicos indeterminados, cuyo acotamiento resulta complicado, debiendo entender por el primer término que, atendiendo al perjuicio que ese riesgo pueda tener en la salud, no sean suficientes otras medidas para proteger el bienestar y que deba practicarse el reconocimiento; y por lo que afecta al segundo que se trate de actividades cualificadas de riesgo, es decir, aquellas que poseen un alto grado de probabilidad de que los riesgos se hagan efectivos y produzcan un daño⁶¹.

⁵⁹ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 193.

⁶⁰ Así lo hace GARCÍA NINET, I.: *Manuel de Prevención de Riesgos Laborales*, Atelier, Barcelona, 2002, p.183.

⁶¹ STSJ, Castilla-La Mancha, 27 de enero de 2011 (1465/2011).

Entre otros, se contempla esta obligatoriedad en puestos amenazados por la enfermedad profesional o respecto a empleados nocturnos (artículo 36.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores), pudiendo generar su incumplimiento la consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios. Es importante destacar que desde la normativa reglamentaria o más específica, se han establecido previsiones al respecto. Así, como ya hemos mencionado en el caso de los trabajadores nocturnos, cuando se observe alteraciones en su salud por prestar sus servicios en este horario atípico [artículo 37.3.b) RSP] o en el caso en el que el trabajador esté expuesto a determinadas sustancias o agentes. 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, supuestos en los que perceptivamente deben activarse una serie de protocolos públicos a través de los que se controlará a todos aquellos que pudieran haber tenido contacto con el foco de infección (LO 3/1986 y normativa autonómica)⁶².

La previsión aquí contenida adapta al campo de la salud laboral, la lógica propia de la normativa sanitaria, en la que también son contemplados tratamientos médicos obligatorios en determinadas circunstancias, tal y como ha señalado en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁶³.

C. RECONOCIMIENTOS MEDICOS EN VIRTUD DE DETERMINADOS AGENTES PATOGENOS ESPECIFICOS:

Además se deben mencionar los reconocimientos médicos obligatorios ante el riesgo de contraer una enfermedad profesional en determinados puestos de trabajo establecidos por el TRLGSS, teniendo una normativa específica mediante la cual se regulan los exámenes. Algunos de esos riesgos o agentes patógenos que pueden tener como causa el desarrollo de la prestación son:

⁶² LUQUE M. y SANCHEZ E.: *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cit., p.190.

⁶³ STC de 15 de noviembre 2004 (196/2004).

1. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.

Contenida su regulación en el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

Toda persona que vaya a ser clasificada como trabajador expuesto de categoría A (pertenecen a esta categoría aquellas personas que, por las condiciones en las que se realiza su trabajo, puedan recibir una dosis efectiva superior a 6 mSv por año oficial o una dosis equivalente superior a 3/10 de los límites de dosis equivalente para el cristalino, la piel y las extremidades, según se establece en el apartado 2 del artículo 9) deberá ser sometido a una examen de salud previo, que permita comprobar que no se halla incurso en ninguna de las incompatibilidades que legalmente estén determinadas y decidir su aptitud para el trabajo. Estos trabajadores van a estar sometidos a exámenes de salud periódicos que permitan comprobar que siguen siendo aptos para ejercer sus funciones. Estos exámenes se realizarán cada doce meses y más frecuentemente, si lo hiciera necesario, a criterio médico, el estado de salud del trabajador, sus condiciones de trabajo o los incidentes que puedan ocurrir.

El examen médico de salud previo destinado a una persona cuyo puesto de trabajo implique un riesgo de exposición que suponga la clasificación como trabajador expuesto de categoría A tendrá por objeto la obtención de una historia clínica que incluya el conocimiento del tipo de trabajo realizado anteriormente y de los riesgos a que ha estado expuesto como consecuencia de él y, en su caso, del historial dosimétrico que debe ser aportado por el trabajador.

Los reconocimientos médicos periódicos realizados a los trabajadores expuestos de categoría A deben estar adaptados a las características de la exposición a las radiaciones ionizantes o de la posible contaminación interna o externa y comprenderán un examen clínico general y aquellos otros exámenes necesarios para determinar el estado de los órganos expuestos y sus funciones. El Servicio de Prevención que desarrolle esta función de vigilancia y control de la salud va a poder determinar la conveniencia de que se prolongue, durante el tiempo necesario, la vigilancia sanitaria de los trabajadores de categoría A que hayan sido posteriormente declarados no aptos o hayan cesado en esa actividad profesional.

De acuerdo a los resultados de los reconocimientos médicos y desde un punto de vista médico, los trabajadores de categoría A se clasificarán como:

1. Aptos: aquellos que pueden realizar las actividades que implican un riesgo de exposición asociado al puesto de trabajo.
2. Aptos, en determinadas condiciones: aquellos que pueden realizar las actividades que implican riesgo de exposición asociado al puesto de trabajo, siempre que se cumplan las condiciones que se establezcan, basándose en criterios médicos.
3. No apto: aquellos que deben mantenerse separados de puestos que impliquen riesgo de exposición.

A los trabajadores expuestos a la categoría A se les deberá abrir un historial médico que se mantendrá actualizado mientras pertenezca a esa categoría y deberá contener las informaciones referentes a la naturaleza del empleo, los resultados de los exámenes médicos previos a la contratación, periódicos y eventuales, y el historial dosimétrico de toda su vida profesional. Estos historiales se archivarán hasta que el trabajador alcance los setenta y cinco años de edad en los Servicios de Prevención que desarrollen la función de vigilancia y control de la salud de los trabajadores correspondientes a los centros en los que aquellas personas presten o hayan prestado sus servicios, y estarán a disposición de la autoridad competente y del propio trabajador.

Los trabajadores expuestos, en caso de superación o sospecha fundada de superación de alguno de los límites de dosis establecidos, deberá realizar una vigilancia sanitaria especial. Las condiciones posteriores de exposición se someterán a lo establecido por el Servicio de Prevención que desarrolle la función de vigilancia y control de la salud de los trabajadores. Respecto de la vigilancia sanitaria se aplicarán las medidas que el Servicio de Prevención que desarrolle la función de vigilancia y control considere adecuadas, como otros exámenes, medidas de descontaminación o tratamiento terapéutico de urgencia y, en caso necesario, atención y tratamiento médico en los Servicios de asistencia sanitaria a los lesionados y contaminados por isótopos radiactivos y radiaciones ionizantes.

2. Trabajos con manipulación de cargas

Regulado en el Real Decreto 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 dorso lumbares, para los trabajadores.

El empresario va a garantizar el derecho de los trabajadores a una vigilancia adecuada de su salud cuando su actividad habitual suponga una manipulación manual de cargas⁶⁴ y concurran alguno de estos elementos:

- Cuando la carga es demasiado pesado o demasiado grande
- Cuando no puede realizarse más que por un movimiento de torsión o de flexión del tronco
- Cuando el espacio libre, especialmente vertical, resulta insuficiente para el ejercicio de la actividad de la que se trate.
- Esfuerzos físicos demasiado frecuentes o prolongados en los que intervenga en particular la columna vertebral.
- La inadecuación de las ropas, el calzado u otros efectos personales que lleve el trabajador.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo elaborara y mantendrá actualizada una guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la manipulación manual de cargas. En dicha guía se consideraran los valores máximos de carga como referencia para una manipulación manual en condiciones adecuadas de seguridad y salud, así como los factores correctores en función de las características individuales, de la carga y de la forma y frecuencia de su manipulación.

3. Trabajos que incluyen pantallas de visualización

Se encuentra contenido en el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

Se garantizara la vigilancia de la salud teniendo en cuenta en particular los riesgos para la vista y los problemas físicos y de carga mental, el posible efecto dañino o

⁶⁴ El Tribunal Superior de Justicia de Asturias ratifica una sentencia sobre riesgo durante el embarazo en trabajos relacionados con la manipulación manual de cargas. STSJ, 7 de septiembre de 2012.

combinado de los mismos, y la eventual patología que lo acompañe⁶⁵. Tal vigilancia será realizada por el personal sanitario competente y según determinen las autoridades sanitarias en las pautas y protocolos. La vigilancia se deberá ofrecer a los trabajadores en las siguientes ocasiones:

- Antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización.
- Posteriormente con una periodicidad ajustada al nivel de riesgo a juicio del médico responsable.
- Cuando aparezcan trastornos que pudieran deberse a este tipo de trabajo.

Los trabajadores van a tener derecho a un reconocimiento oftalmológico cuando los resultados de la vigilancia de la salud lo hiciesen necesario. El empresario deberá proporcionar gratuitamente a los trabajadores dispositivos correctores especiales para la protección de la vista adecuados al trabajo con el equipo de que se trate, siempre que los resultados de la vigilancia demuestran su necesidad y no pueden utilizarse dispositivos correctores normales.

4. Trabajos con exposición a agentes biológicos

Regulado en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

La vigilancia de la salud adecuada y específica que el empresario debe garantizar, debe seguir lo contenido en el artículo 37.3 RSP. Esta vigilancia se deberá ofrecer a los trabajadores en las siguientes condiciones:

- Antes de la exposición
- A intervalos regulares en lo sucesivo, con la periodicidad que los conocimientos médicos aconsejen, considerando el agente biológico, el tipo de exposición y la existencia de pruebas eficaces de detección precoz.
- Cuando sea necesario por haberse detectado en algún trabajador, con exposición similar, una infección o enfermedad que pueda deberse a la exposición a estos agentes.

⁶⁵ STS de 22 de mayo de 2012, en materia de descansos de PVD, sentencia que cada hora de trabajo efectivo, con independencia del descanso (AUX 2), corresponde un descanso de pantalla de visualización (PVD).

Además, se reconoce a los trabajadores el derecho de poder solicitar la revisión de los resultados obtenidos mediante esa vigilancia.

Cuando exista riesgo por exposición a agentes biológicos para lo que haya vacunas efectivas, estas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, informándoles de los inconvenientes o ventajas de la vacunación. Cuando los empresarios ofrezcan las vacunas deberán tener en cuenta las siguientes recomendaciones prácticas:

1. Cuando la evaluación demuestre la existencia de un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores por exposición a agentes biológicos contra los que existan vacunas eficaces, el empresario deberá ofrecer dicha vacunación.
2. Deberá informarse a los trabajadores sobre las ventajas e inconvenientes tanto de la vacunación como de la no vacunación.
3. La vacunación ofrecida a los trabajadores no podrá acarrear a estos gasto alguno.
4. Podrá elaborarse un certificado de vacunación que se expedirá al trabajador referido y, cuando así se solicite, a las autoridades sanitarias.

Lo anteriormente indicado, será también de aplicación en relación con otras medidas de preexposición eficaz que permitan realizar una adecuada prevención primaria. El ofrecimiento al trabajador de la medida, y su aceptación, deben constar por escrito.

El médico que se encargue de la vigilancia debe estar familiarizado con las condiciones o circunstancias de exposición de cada uno de los trabajadores. En cualquier caso, se van a poder proponer medidas individuales de prevención o de protección para cada trabajador particular. Se deberá llevar a cabo un historial médico individual de los trabajadores objeto de vigilancia, y además se aconsejara e informara a los trabajadores de lo relativo a cualquier control médico que sea pertinente efectuar con posterioridad al ces de la exposición [en concreto será de aplicación lo establecido en el artículo 37.3.e) RSP].

5. Trabajos con exposición a agentes químicos

Se contiene su regulación en el Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.

Cuando se ponga de manifiesto la existencia de un riesgo para la salud el empresario debe realizar una vigilancia de la salud (artículo 22 LPRL, artículo 37.3 RSP). Esta vigilancia se va a considerar adecuada cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:

- Que la exposición del trabajador al agente químico peligroso se pueda relacionar con una determinada enfermedad o efecto adverso para la salud.
- Que exista la probabilidad de que esa enfermedad o efecto adverso se produzca cuando el trabajador desarrolla su actividad
- Y que existan técnicas de investigación válidas para detectar los síntomas, cuya utilización entrañe escaso riesgo para el trabajador.

La vigilancia de la salud, es un requisito obligatorio para trabajar con un agente químico peligroso cuando así lo establezca una disposición legal o cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos en las condiciones de trabajo sobre la salud del trabajador debido a que: no pueda garantizarse que la exposición del trabajador a dicho agente está suficientemente controlada, o que el trabajador, teniendo en cuenta sus características personales, su estado biológico y su posible situación de discapacidad, y la naturaleza del agente, pueda presentar o desarrollar una especial sensibilidad frente al mismo. Cuando la vigilancia de la salud es un requisito obligatorio para trabajar con un agente químico, se debe informar al trabajador de este requisito, antes de que le sea asignada la tarea que entrañe riesgos de exposición a ese agente en cuestión.

Los procedimientos utilizados para realizar la vigilancia de la salud, se ajustaran a los protocolos señalados en el párrafo c) del apartado 3 del artículo 37 RSP. Estos protocolos cuando se refieran a alguno de los agente siguientes: naftilamina y sus sales, aminodifelino y sus sales, bencidina y sus sales, nitrodifenilo, deberán tener un límite de concentración para la exención de 0,1 % en peso.

En los casos en los que la vigilancia de la salud muestre que un trabajador padece una enfermedad identificable o unos efectos nocivos que, en opinión del médico responsable, son consecuencia de una exposición a un agente químico peligroso o se supera el valor límite biológico de 0,1% en peso, el medico u otro personal sanitario competente informara personalmente al trabajador del resultado de dicha vigilancia. Esta información deberá incluir los consejos relativos a la vigilancia de la salud a la que

el trabajador deba someterse al finalizar la exposición. Además el empresario en estos casos debe: revisar la evaluación de riesgos; revisar las medidas preventivas para eliminar o reducir los riesgos; tener en cuenta las recomendaciones del médico (incluida la posibilidad de asignar al trabajador otro puesto en el que no existe peligro de una nueva exposición); y disponer que se mantenga la vigilancia de los trabajadores afectados procediéndose al examen de salud e los demás trabajadores que hayan sufrido una exposición similar, teniendo en cuenta las propuestas que haga el médico responsable.

6. Trabajos con exposición a vibraciones mecánicas

Encontramos su regulación en el Real Decreto 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas.

Cuando la evaluación de riesgos suponga la existencia de un peligro para la salud de los trabajadores, el empresario debe llevar a cabo una vigilancia de conformidad con lo establecido en el artículo 22 LPRL y el artículo 37.3 RSP. Esta vigilancia va a tener como objetivo la prevención y diagnóstico precoz de cualquier daño que pueda sufrir el trabajador en su salud como consecuencia de la exposición a vibraciones mecánicas⁶⁶ y va a ser apropiada cuando:

- La exposición del trabajador sea tal que pueda establecerse una relación entre dicha exposición y una enfermedad determinada o efecto nocivo para la salud.
- Que haya probabilidades de contraer dicha enfermedad o padecer el efecto nocivo en las condiciones laborales concretas del trabajador.
- O que existan técnicas probadas para detectar la enfermedad o efecto nocivo.

Afirma el Real Decreto que cualquier trabajador expuesto a niveles de vibraciones mecánicas superiores al valor 2,5 m/s² (para la vibración transmitida al sistema mano-brazo) o al valor 0,5 m/s² (para la vibración transmitida al cuerpo entero) tendrán derecho a una vigilancia de la salud apropiada. En los casos en los que no pueda garantizarse el respeto del valor límite de exposición, el trabajador tendrá derecho a una vigilancia de la salud reforzada, que podrá incluir un aumento de su periodicidad.

⁶⁶ STSJ de Asturias, de 5 de octubre de 2007. Se califica de enfermedad profesional la necrosis por exposición a las vibraciones de un martillo neumático.

La vigilancia de la salud deberá incluir la elaboración y actualización de la historia clínico-laboral de los trabajadores sujetos a ella y el trabajador tendrá acceso, previa solicitud, al historial que le afecte personalmente.

Cuando la vigilancia de la salud ponga de manifiesto que un trabajador padece una enfermedad o dolencia diagnosticable que, en opinión del médico responsable, sea consecuencia de una exposición a vibraciones mecánicas (ya sea en todo o en parte) en el lugar del trabajo, el médico deberá comunicar al trabajador el resultado de manera personal informándole y aconsejándole sobre la vigilancia de la salud a que deberá someterse. Además el empresario debe recibir la información obtenida a partir de la vigilancia de la salud correspondiéndole: revisar la evaluación de los riesgos y las medidas previstas para eliminar o reducir los riesgos; tener en cuenta las recomendaciones del médico responsable (incluyendo la posibilidad de asignar al trabajador otro trabajo donde no exista riesgo de exposición); y disponer de un control continuado de la salud del trabajador afectado y el examen del estado de salud de los demás trabajadores que hayan sufrido una exposición similar, debiendo en tales casos el médico proponer que las personas expuestas se sometan a un reconocimiento médico.

IX. LA PRÁCTICA DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y DIGNIDAD DE LA PERSONA.

A pesar de que en el artículo 22 LPRL no se definen ni aclaran las medidas o instrumentos de vigilancia de la salud, entiendo que el modo más utilizado son los reconocimientos médicos. La vigilancia de la salud se concreta a través de los reconocimientos médicos, cuyo carácter finalista y específico, tiene por objeto la detección de cualquier enfermedad que pueda padecer o padezca el trabajador, sirviendo para poner de manifiesto si las medidas preventivas son adecuadas y si el empleado posee la capacidad necesaria para afrontar los riesgos propios de su trabajo.

No se podría alcanzar una correcta evaluación de los riesgos sin acudir a la realización de reconocimientos médicos, mediante los cuales también se pretende hacer aflorar ciertas características físicas o psíquicas de los trabajadores que sean

incompatibles con el puesto de trabajo⁶⁷. El empresario puede y debe interesarse por la salud de sus empleados a través de controles médicos, siempre y cuando se respete la intimidad del trabajador (límite subjetivo) y en tanto en cuanto exista una vinculación con los riesgos inherentes al trabajo (límite objetivo). Esta situación conlleva a que la libertad del empresario para realizar controles periódicos u ocasionales no es total y debe realizarse con ciertas cautelas.

En general, debe aducirse que los reconocimientos médicos deben efectuarse con atención y esmero por parte del profesional de la salud, ya que una praxis poco adecuada y atenta, podría dar lugar a la apertura de procesos judiciales tanto por error médico, en el supuesto de un diagnóstico no adecuado que genere daños, o por una posible negligencia médica, cuando la actuación no es reconducible dentro de las pautas generales de la *lex artis* que deben regir en la actuación de un profesional de la salud. La realidad pone de manifiesto que la aplicación de los protocolos médicos se realizan de manera estereotipada, sin contar con la información adecuada referente a la naturaleza y tipo de trabajo que se ocupa. Esto evidencia que los exámenes se realizan sin conocimiento real del riesgo al que se encuentra expuesto el trabajador, ya que en la mayoría, no existe comunicación entre el médico y el técnico de prevención de riesgos laborales. Por tanto, “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 y agregados”⁶⁸.

En todo caso, los reconocimientos médicos deben realizarse por personal sanitario con la competencia técnica, formación y capacidad acreditada, que formarán parte de la organización preventiva de la empresa⁶⁹, lo cual impide que el empresario realice personalmente cualquier prueba médica aunque se trate de un especialista sanitario

⁶⁷ Una de esas conductas que puede llegar repercutir negativamente en el trabajo es, sin lugar a dudas, la embriaguez o toxicomanía, que, además, cuando su efecto sea grave puede ser justa causa de despido disciplinario [artículo 54.2.f) TRET]. TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 179.

⁶⁸ JAUREGI APELLANIZ, J.J.: *Vigilancia de la salud. Precisiones y acotaciones en torno a su voluntariedad y otras consideraciones de interés*, Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 38, 2014, p. 208-209.

⁶⁹ Artículo 11 del Real Decreto 39/1997, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, sin que puedan ser en ningún caso asumidas personalmente por el empresario.

(artículo 22.6 LPRL). El empresario solo podrá acceder a los resultados o conclusiones de los reconocimientos médicos. Ello significa, en primer lugar, que no puede tener acceso al diagnóstico médico del trabajador, que deberá quedar a disposición exclusiva de los médicos o sanitarios encargados de realizarlos materialmente. Cualquier filtración de dichos datos supondría una infracción grave de la normativa laboral y sanitaria, que automáticamente sería considerada una vulneración injustificada del derecho a la intimidad médica. En segundo lugar, el empresario solo podrá ser informado de la capacidad plena o parcial del trabajador sometido a tales reconocimientos médicos y, en su caso, de las recomendaciones sobre las medidas de protección a adoptar en atención a su estado de salud. Se asume, por tanto, que en la medida en que el personal encargado de realizar las pruebas tiene los conocimientos técnicos y médicos necesarios, es este el que exclusivamente puede desempeñar con garantías de neutralidad la tarea de evaluar hasta qué punto el estado de salud del trabajador puede comportar un riesgo para él o terceras personas. Esta labor de evaluación, valoración y ponderación debe, por tanto, desarrollarse en el ámbito estrictamente interno del servicio responsable, sin que el empresario pueda incidir o inmiscuirse activamente. Igual limitación al acceso del cuadro clínico del trabajador, salvo que el mismo acceda voluntariamente a dicha difusión, es de aplicación con respecto a los representantes de los trabajadores, delegados de prevención o personas con responsabilidad específica en materia de prevención⁷⁰.

Esta organización preventiva debe contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa, que se encargará de examinar la aptitud laboral con el debido respeto al derecho a la intimidad y dignidad de la persona y mantendrá la confidencialidad de toda la información relacionada con un estado de salud. Esto supone que el empresario no puede asumir personalmente la vigilancia de la salud y debe recurrir a alguna de las modalidades de organización preventiva, ya sea mediante un servicio propio o ajeno⁷¹.

El artículo 37.3.c) RSP establece que la vigilancia de la salud va a estar sometida a protocolos específicos y otros medios respecto a los factores de riesgo a los que el trabajador esté expuesto, encargándose al Ministerio de Sanidad y Consumo y a las

⁷⁰ LUQUE M. y SANCHEZ E.: *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cit., p.193.

⁷¹ ELENA GARCÍA, J.A.: *La vigilancia de la salud y la aptitud laboral*, Madrid 2014, Vol. 60, Supl.1.

Comunidades Autónomas, una vez oídas las sociedades científicas competentes y de acuerdo con la Ley General de Sanidad en materia de participación de los agentes sociales, fijar la periodicidad y contenidos específicos para dichos protocolos. Los exámenes de salud o vigilancia de la salud incluyen una historia clínico-laboral, en la que hay datos de anamnesis, exploración clínica, control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo. También se hará constar una descripción del puesto de trabajo y el tiempo de permanencia en él, y las medidas de prevención adoptadas⁷².

La onerosidad es una de las principales características respecto de las medidas de seguridad y salud, ya que no puede recaer sobre el trabajador el peso económico (artículo 14.5 LPRL). Por tanto, como el coste debe ser asumido por el empresario, las pruebas deben realizarse dentro de la jornada de trabajo, y si se efectúan en otras horas de tiempo deberá descontarse de aquella⁷³.

El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Los citados derechos, forman parte de los denominados derechos fundamentales a los que la constitución confiere una especial protección. El derecho a la intimidad tiene por objeto garantizar el respeto de la esfera privada y reservada de los individuos. La garantía contenida, abarca tanto el respeto corporal como la exclusión del conocimiento de terceros sobre aquellos datos propios de la esfera privada. Estas dos vertientes del derecho fundamental a la intimidad personal van a suponer un límite a los reconocimientos médicos en el ámbito laboral, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que el contrato de trabajo no implica privación de derechos que la Constitución reconoce al ciudadano⁷⁴.

A modo de ejemplo, se puede examinar una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional 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 CE: “El recurrente participo en dos procesos de selección: uno para ingreso en la policía

⁷² FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.41.

⁷³ AGRA VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*. Cit., p.113.

⁷⁴ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 179.

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 informo al ayuntamiento de que el demandante de amparo había sido excluido del proceso para la policía autonómica por padecer diabetes mellitus, información que facilito al ayuntamiento telefónicamente”⁷⁵.

Los exámenes, por tanto, deben realizarse respetando los derechos a la intimidad y a la dignidad personal de los trabajadores, por lo que deberá optarse por la realización de aquellos exámenes que causen las menores molestias y que sean proporcionales al riesgo soportado (artículo 22.2 LPRL). Como se ha mencionado, la vigilancia de la salud, puede tener una incidencia en la intimidad personal de los trabajadores, no solo por la posible afección a la intimidad corporal, sino también porque se ponen de manifiesto informaciones y datos relativos a la salud que pertenecen a su esfera privada. Y de este modo lo estima la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LPD), cuyo artículo 7.3 considera datos especialmente protegidos, los referentes a la salud, y exige que se recaben solo si, por razones de interés general, así lo dispone una ley o el afectado consiente expresamente. En este sentido, para evitar vulneraciones del derecho fundamental, el legislador condiciona las actuaciones empresariales al previo consentimiento del trabajador afectado. Al respecto, cabe mencionar el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que establece que no se apreciara intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o si estuviese autorizada por ley⁷⁶.

En ocasiones, el consentimiento libre y voluntario del trabajador, no resulta suficiente para considerarlo válido, ya que existe un segundo aspecto que hay que tener

⁷⁵ STC de 29 de junio de 2009 (156/2009). Estimándose el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad.

⁷⁶ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 188.

en cuenta, que es la información que debe proporcionarse al trabajador: respecto al momento de realización, contenido específico o transmisión cierta y clara de los resultados finales.

En este contexto, cabe citar también un pronunciamiento del Tribunal Constitucional⁷⁷ que concede el amparo a una empleada de la empresa Iberia, al entender que se vulneró su derecho a la intimidad personal después de que en un reconocimiento médico se le detectara en el análisis de orina un coeficiente de cannabis superior al recogido en el protocolo de dicha empresa, motivo por el cual se procedió a extinguir la relación laboral, alegando la empleadora la superación del periodo de prueba. Dicha decisión empresarial fue adoptada al recibir de los servicios medios la calificación de “no apto” tras el reconocimiento realizado, no siendo informada la trabajadora de la realización del examen sobre el consumo de estupefacientes. El Máximo Interprete de la Constitución descarta que una intervención circunscrita a un examen de orina realizado por personal médico, por la forma en la que se ejecuta y por no existir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo, pueda invadir el ámbito de la intimidad física ni, por tanto, menoscabar el derecho. Pero razona que el hecho de que no exista vulneración a la intimidad corporal no significa que no pueda concurrir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración se podría causar a través de la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido.

La información actúa como garante de la autonomía en la toma de decisión del consentimiento por parte de la persona afectada. Por tanto, se considera prerrequisito la información, para la adecuada concesión del consentimiento requiriendo este recibir y comprender la información⁷⁸. Aunque puede ocurrir que el trabajador renuncie a recibir la información, estando este rechazo limitado “por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso” (artículo 9.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación

⁷⁷ STC de 15 de noviembre de 2004 (196/2004). RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*. Cit., p.224.

⁷⁸ El derecho a la intimidad personal resulta vulnerado, cuando “la actuación no sea acorde con la ley y no sea consentida, o cuando, 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”. STC de 15 de Noviembre de 2004 (196/2004).

clínica). Pero si el paciente manifiesta expresamente el deseo de no ser informado, se respetará haciéndolo constar documentalmente, no significando esto, que no vaya a ser necesario recabar su consentimiento para cualquier intervención.

A. CONTENIDO Y PRUEBAS

El trabajador debe ser expresamente informado de las pruebas médicas, y sobre todo, de las especialmente invasoras de su intimidad, trasladando así la regla del consentimiento informado al ámbito legal, recogiendo en la Ley 41/2002⁷⁹. Se deberá contar también con esa información cuando durante el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun cuando no afectaran a la intimidad corporal del trabajador, si concernieran en cambio al “derecho más amplio a la intimidad personal, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad”⁸⁰. Hay que destacar también la obligatoriedad de la información previa cuando las pruebas sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. Cuando se cumplen estos requisitos necesarios, se asegura la garantía para la libre determinación y disposición del trabajador sobre un ámbito personal constitucionalmente protegido, y ello hasta el punto de que la jurisprudencia ha calificado el consentimiento informado como un derecho humano fundamental⁸¹. Con esta regulación, se ha dejado atrás una situación de paternalismo caracterizada por una escasa comunicación o información al paciente.

Si la empresa incumple⁸² estará violando derechos del trabajador constitucional y legalmente protegidos, aun cuando no existe una expresa intencionalidad, ya que la

⁷⁹ Que significa que el trabajador “debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es, conforme a nuestra doctrina, en relación con todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o en el recato corporal de la persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”. STC de 15 de Noviembre de 2004 (196/2004).

⁸⁰ Como ocurre, por ejemplo, con el consumo habitual de drogas, STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁸¹ Así, STS, de 11 de mayo de 2001 (6197).

⁸² En este sentido, y en un ilustrativo ejemplo, en el supuesto de que a un trabajador no se le comunique ni por la empresa ni por sus servicios médicos cual es la información buscada con los análisis médicos y, en concreto, no se le informara de que se analizaría su consumo de estupefacientes, tal circunstancia, ciertamente, no equivale a que existiera resistencia por parte de la empresa a informar a la demandante, caso de que esta lo hubiera solicitado, ni tampoco supone que esta no tuviera posibilidades de acceder a dicho conocimiento a través de sus representantes o directamente dirigiéndose a los servicios médicos o por otros cauces. Ahora bien, conforme a lo que hemos establecido, la empresa tenía la obligación de informar expresamente a la trabajadora de esa analítica concreta, toda vez que, si bien no afectaba a la intimidad corporal, según se dijo, si tenía como objeto datos sensibles que lo imponían, pues el hecho de

vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional, es irrelevante ya que es suficiente constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido de la norma⁸³.

B. RESULTADOS

El trabajador debe ser informado de los resultados de sus pruebas médicas de forma clara, veraz y comprensible, constituyendo una infracción grave la falta de información sobre este punto⁸⁴. Tales resultados están constituidos por los documentos en los cuales aparece contenida la información de datos personales relativos a la salud de un concreto trabajador derivados de la práctica de las diferentes pruebas realizadas con objeto de detectar los posibles efectos de los riesgos de su trabajo sobre su salud. En ellos se incorpora el diagnóstico, pronóstico y tratamiento a seguir, además de la remisión a su médico de familia o especialista, sumando todos aquellos aspectos relacionados con su puesto de trabajo o actividad de manera clara y precisa⁸⁵.

Esta información debe poner de manifiesto si la patología o alteración tiene origen en la salud, si puede verse agravada por causa de continuar realizando determinadas funciones y si su estado le dificulta o impide el desarrollo normal de su prestación de servicios, o si afecta a otros empleados o personas de la empresa.

Estos resultados habrá de ser entregados por escrito y en un sobre cerrado y sellado para evitar cualquier posible atentado a la confidencialidad⁸⁶, excluyendo las posibles

haber consumido en algún momento algún genero de drogas, pese a que en nuestro ordenamiento es una conducta en si misma impune, provoca a menudo un juicio social de reproche en sectores significativos de la comunidad. Por ello, los datos mismos que quedaban comprometidos, por su naturaleza, obligaban a una información previa y expresa, tendente a asegurar la libre decisión. STC de 15 de noviembre de 2004 (196/2004).

⁸³ STC de 26 de noviembre de 2001 (225/2001).

⁸⁴ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.102.

⁸⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el Trabajo*, Cit., p. 226.

⁸⁶ Resulta lo más adecuado que dichos resultados sean directamente comunicados al trabajador por los miembros del servicio de prevención con el cual su empresa tuviera contratada la vigilancia de la salud, pues, a pesar de las garantías del soporte de papel, debería evitarse que los sobres fueran remitidos a la empresa y esta los distribuyese a los trabajadores, siendo preferible optar por el envío directo a los trabajadores. PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Madrid, CES, 2005, p.122.

anotaciones realizadas en ellos, ya que forman parte del derecho a la intimidad del médico, psicólogo o sociólogo que hayan llevado a cabo los exámenes, debiendo además comunicarse de palabra el cumplimiento de los principios de los códigos deontológicos profesionales cuando la importancia de los resultados lo exija. Como esas anotaciones y resultados comprometen un juicio fundamentado en los conocimientos médicos, pueden considerarse creación científica y por tanto, susceptibles de protección como objeto de propiedad intelectual.

El trabajador, como titular del derecho a la intimidad, puede sustraerse del conocimiento de los resultados siempre que lo haga constar por escrito. Renuncia que no le exime del deber de colaborar con la empresa para garantizar unas adecuadas y seguras condiciones de trabajo, cuyo incumplimiento podría suponer una sanción disciplinaria⁸⁷.

C. PERTINENCIA Y PROPORCIONALIDAD

Hay que analizar, si el objeto y la finalidad del reconocimiento médico ha supuesto una desconsideración del régimen legal o un exceso sobre los términos en los cuales fue otorgada la autorización para la exploración, hasta el punto de llegar a causar una lesión del artículo 18.1 CE. Ayuda a esto, el examen de las actuaciones llevadas a cabo por los servicios médicos de la empresa, y si éstas inciden o no en el ámbito constitucional protegido. Lo más difícil es establecer el contenido y alcance de tal proporcionalidad, además de los elementos que deben actuar de referente en su concreción⁸⁸.

Cuando el trabajador es informado y presta su consentimiento, se debe optar por la realización de reconocimientos lo menos molestos posibles y proporcionales al riesgo. Es decir, que no puede el personal médico realizar más pruebas que las necesarias e imprescindibles, ya que si no, supondría una intromisión ilegítima en la intimidad del

⁸⁷ Especialmente cuando se trata de la utilización de sus resultados a efectos de la extinción de la relación laboral. En este aspecto, STC de 15 de noviembre de 2004 (196/2004).

⁸⁸ En este sentido, no han faltado autores que han venido a señalar algunos de dichos elementos, destacando aspectos como los antecedentes del trabajador, el contexto y la forma en la que se realiza la actividad productiva, su naturaleza, el tipo de riesgo real o potencialmente existente, los medios posibles de su propagación, la existencia de medidas de protección, seguridad e higiene alternativos o a la entidad de otros bienes jurídicos protegidos, cuestiones que sin duda deberían considerarse de manera rigurosa en la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, circunstancias que conducen a la distinción, de un lado, de empresas sensibles y empresas no sensibles, de otro, entre situaciones con o sin riesgo y, finalmente, entre trabajadores especialmente afectados y trabajadores inafectados. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.104.

trabajador. De ninguna manera, los reconocimientos, van a poder ocuparse de otras cuestiones que resulten inocuas desde el punto de vista laboral⁸⁹ y menos aún girar sobre test genéticos capaces de analizar las propensiones del trabajador a sufrir determinadas enfermedades en el futuro⁹⁰. Por tanto, solo se podrá buscar la información que sea adecuada a la finalidad de garantizar el estado de salud del trabajador⁹¹, quedando proscrita la búsqueda de información generalista del estado de salud del trabajador que no esté directamente relacionada con el tipo de trabajo que realiza y los riesgos inherentes al mismo⁹².

X. ÁMBITO TEMPORAL Y PERIODICIDAD DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS.

En el artículo 22.1 LPRL establece que la vigilancia de la salud de los trabajadores ha de ser periódica. La expresión indica que los reconocimientos se van a ir sucediendo en el tiempo, no bastando solo una revisión para considerar cumplida la obligación del empresario. El ámbito temporal de los reconocimientos médicos, es el de la relación laboral, sin perjuicio de que en determinados casos excepcionales se extienda más allá por decisión del legislador.

Aunque no sea obligatorio, resulta aconsejable que el trabajador conozca cuándo va a ser sometido a un reconocimiento. Cada empresa establecerá el medio de notificación que considere más oportuno, debiendo tener en cuenta a los empleados que estén en situación de incapacidad temporal, para poder ofrecerles la posibilidad de realizar los reconocimientos médicos una vez estén de alta, no pudiéndose evaluar la aptitud durante el período transitorio de baja.

⁸⁹ Y que, de ser conocidas por el empresario, llegarían a actuar de forma negativa y como causa de discriminación, como podrían ser hábitos sexuales, tasas de consumo de alcohol o drogas, ser portadores del virus VIH, etc. TASCÓN LOPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Cit., p.99.

⁹⁰ Circunstancia que además, puede traducirse para el trabajador en una carga psicológica con grandes consecuencias psicosomáticas, afectar a la propia imagen de la persona y su autoestima y tener efectos a largo plazo sobre la forma de planificar y orientar su vida futura. FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.105.

⁹¹ GÓMEZ CABALLERO, P.: *Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador*, RL, núm.21, 2005, p. 123.

⁹² ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RUBIO SANCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006, p. 123.

Hay distintos momentos en los que se va a proceder a la realización de un examen médico: reconocimientos previos a la contratación, los inmediatamente posteriores a la contratación, por modificación de tareas, los periódicos, tras ausencias prolongadas y los realizados con posterioridad a la finalización del trabajo

El artículo 22 LPRL, pese a establecer premisas respecto de la salud de los trabajadores, elude fijar un momento determinado para la realización de los reconocimientos médicos. La vigilancia de la salud por parte del empresario, como ya se ha dicho, tiene un carácter periódico⁹³, y ello es debido: a que el contrato de trabajo es de ejecución continuada, ya que se prolonga en el tiempo; y la dinamicidad de la salud y de los riesgos laborales. Respecto a esta cuestión se refiere el artículo 37.3.b) RSP, que concreta que debe haber una evaluación de los trabajadores: al inicio de la incorporación del trabajo o tras la asignación de tareas; cuando reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud; y también una vigilancia periódica a intervalos.

Por tanto, son otras normas, como el Reglamento de los Servicios de Prevención, la Ley General de Seguridad Social o la negociación colectiva (siempre respetando la norma legal) las que van a establecer cuando será el momento oportuno para llevarlos a cabo.

A. PREVIOS A LA CONTRATACIÓN

El artículo 196 TRLGSS establece la obligación de realizar un reconocimiento médico para aquellas prestaciones susceptibles de generar riesgos de contraer alguna enfermedad profesional, previamente a la contratación, condicionando la materialización o no de la misma. Siendo así un requisito necesario para la celebración del contrato⁹⁴. El TRLGSS prevé este tipo de revisiones, que operan antes incluso de que exista una relación laboral.

⁹³ La expresión “vigilancia periódica”, indica que los reconocimientos se irán sucediendo en el tiempo, de forma tal que no bastara con una única revisión para considerar cumplido el deber por parte del empresario, sino que los exámenes se van a perpetuar a lo largo de desarrollo de la relación laboral. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 197.

⁹⁴ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.135.

El empresario, por su parte, no va a poder contratar a los trabajadores cuando estos no superen el reconocimiento, al ser calificados como no aptos para desempeñar el puesto de trabajo por poder provocarle una patología a la que esté más expuesto debido a ciertas peculiaridades o problemas físicos. Por tanto, si a resultas del reconocimiento queda acreditado que el estado de salud del potencial trabajador es incompatible con los riesgos inherentes al puesto de trabajo estará justificada su no contratación⁹⁵.

Pero aunque el legislador solo contemple estos reconocimientos previos a la contratación para los casos de puestos con riesgos de enfermedad profesional, para algunos autores no hay inconvenientes en extender su práctica a supuestos de cobertura de cualquier puesto de trabajo, tal como se hace en algunos convenios colectivos. Algunos consideran que aunque el artículo 22 LPRL nada diga en este sentido, el empresario está obligado a realizar un control médico previo a la contratación para proceder a la evaluación inicial de los riesgos⁹⁶. Lo que se busca es observar si el estado de salud del posible trabajador resulta compatible con las funciones que se pretende que desarrolle, como mecanismo para proteger su integridad física y psíquica. Debiendo tener presente que el artículo 25 LPRL señala que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos en los que por sus propias características personales, estado biológico y capacidad física, psíquica y sensorial, puedan generar situaciones de peligro para ellos mismos o terceros⁹⁷.

B. INMEDIATAMENTE POSTERIORES A LA CONTRATACIÓN

En materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria debe abarcar una evaluación de la salud de los trabajadores inicial, después de la incorporación al trabajo [artículo 37.3.b), apartado 1º RSP]⁹⁸. La redacción de la normativa reglamentaria no es

⁹⁵ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 198.

⁹⁶ Según establece el artículo 16 LPRL.

⁹⁷ La alusión al reconocimiento de la capacidad del trabajador y a que no serán empleados sugiere vivamente la actitud positiva del legislador hacia los exámenes médicos previos a la contratación. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 198.

⁹⁸ Pudiendo parecer discordante este punto con el artículo 196 LGSS ya que en uno se habla de la obligación de llevar a cabo evaluaciones iniciales tras la contratación y en otro previas a la misma, los que afirmar tal discrepancia señalan que se debe inclinar a favor de la norma de superior rango jerárquico, pero otros afirman que no se plantea esa discrepancia al hacer referencia expresa en la LGSS de la existencia de un riesgo de contraer una enfermedad profesional, mientras que el RSP no se realiza tal puntualización. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.137.

todo lo clara que sería deseable, pero de la alusión al carácter inicial, puede deducirse que son revisiones médicas inmediatamente posteriores a la contratación.

Sobre este tipo de reconocimientos no se plantea su constitucionalidad ya que no condicionan la contratación a poseer un determinado estado de salud compatible con el puesto de trabajo. Mediante este reconocimiento, se inician las revisiones periódicas, permitiendo conocer el estado de salud de partida del trabajador y observar su evolución⁹⁹.

C. POR MODIFICACIÓN DE TAREAS

El artículo 37.3.b), apartado 1º RSP prevé la obligación de desarrollar una evaluación de la salud después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud. Este supuesto hace referencia a los casos de movilidad funcional debido a que son asignadas nuevas tareas dentro de un nuevo puesto de trabajo, siendo por lo tanto, perceptiva la realización de otro reconocimiento, y más aún si esas nuevas funciones pueden hacer contraer al trabajador una enfermedad profesional.

D. PERIÓDICOS DURANTE LA RELACIÓN LABORAL

A lo largo del desarrollo de la prestación de servicios, la empresa debe ofrecer revisiones médicas específicas dependiendo de los riesgos inherentes al puesto de trabajo. Tanto LPRL como RSP hacen referencia a la periodicidad de los reconocimientos, sin concretar exactamente cual será el intervalo, por lo que este se ha determinado en algunas ocasiones a través de legislación específica de ciertos sectores y en otras a través de los convenios colectivos¹⁰⁰. Como no suministra pauta alguna sobre cada cuanto tiempo han de realizarse, parece que no conviene adoptar soluciones unívocas y homogéneas, sino que se deben tener en cuenta las peculiaridades de cada caso¹⁰¹.

⁹⁹ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 200.

¹⁰⁰ No cabe olvidar en este punto, los protocolos específicos dispuestos por el Ministerio de Sanidad y las Comunidades Autónomas, que establecerán la periodicidad en cada caso. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.138.

¹⁰¹ Según los riesgos de que se trate y el grado de sensibilidad a los mismos que presenten los trabajadores, habrá que ajustar la periodicidad de sus revisiones. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 200.

Respecto de la negociación colectiva, la práctica más habitual en relación con la periodicidad de los reconocimientos médicos es el intervalo anual. Pero la apertura de la norma permite fórmulas alternativas: reconocimientos bianuales, cada vez que se considere oportuno, etc.¹⁰²

E. TRAS AUSENCIAS PROLONGADAS POR MOTIVOS DE SALUD

El RSP establece en el artículo 37.3.b), apartado 2º, la necesidad de establecer una evaluación médica de aquellos empleados que reanuden su trabajo tras una ausencia prolongada¹⁰³ debido a motivos de salud, para descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción para proteger a los trabajadores¹⁰⁴. El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias al trabajo por motivos de salud, a los efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de la ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo¹⁰⁵.

Cuestión distinta es la facultad que se le otorga al empresario para que verifique el estado de enfermedad que haya sido alegado por el trabajador para justificar su falta de asistencia al trabajo mediante un reconocimiento a cargo del personal médico, pudiendo la negativa del trabajador a someterse a los exámenes médicos producir la suspensión de los derechos económicos. Este precepto pretende otorgar al empresario la facultad de contrarrestar el absentismo laboral.

F. POSTERIORES A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

En los supuestos, en los que la naturaleza de los riesgos inherentes lo haga necesario [artículos 22.5 LPRL y 37.3.e)], el derecho a la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación

¹⁰² SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 200.

¹⁰³ Ante el silencio de la norma, la determinación del tiempo concreto que deba transcurrir para calificar o considerar una ausencia como prolongada, parece que debe quedar en manos de la negociación, posibilidad denominada por algunos convenios colectivos como “reconocimientos de retorno”, señalando como ejemplo el Acuerdo marco para el personal de Tabacalera S.A. y Logista, S.L. que fijan este periodo en un tiempo superior a seis meses. SALCEDO BELTRAN, Mª. C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Cit., p.94.

¹⁰⁴ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.138.

¹⁰⁵ SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 201.

laboral a través del Sistema Nacional de Salud. Ya que hay determinadas circunstancias, productos y sustancias que pueden hacer aflorar síntomas de ciertas enfermedades con mayor o menor posterioridad en el tiempo, no pudiendo quedar así limitada la vigilancia de la salud al periodo de la relación laboral¹⁰⁶.

XI. CONFIDENCIALIDAD EN LA UTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN CLÍNICA.

Los controles médicos deben realizarse de una forma en que se respete la confidencialidad de la información relacionada con el estado del trabajador (artículo 22.2 LPRL), estableciendo serias cautelas en el tratamiento de los datos obtenidos. Debido a la sensibilidad de las informaciones, parece conveniente que los extremos sanitarios conseguidos mediante la práctica de los reconocimientos médicos sean oportunamente protegidos, quedando sujetos a las limitaciones establecidas en el artículo 22.4 LPRL, habida cuenta las únicas personas que pueden tener acceso completo a la documentación sanitaria serán el propio trabajador y los facultativos intervinientes, vinculados estos últimos por el deber de sigilo profesional, que solo quiebra, por imperativo legal, en las enfermedades de declaración obligatoria o cuando el silencio pueda suponer un perjuicio para otras personas o un peligro para la colectividad. Este precepto diferencia además, varios tipos de datos con una distinta exigencia de confidencialidad¹⁰⁷: máxima, para los resultados de vigilancia (diagnóstico, pronóstico y tratamiento), la cual solo se podría modular por el consentimiento expreso del trabajador; y mínima, para las conclusiones derivadas de los reconocimientos¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Así se establece, por ejemplo, en el Art. 13.5 de la Orden de 31 de Octubre de 1984 por la que se aprueba el Reglamento sobre trabajos con riesgo de exposición al amianto. SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Cit., p. 201.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Cit., p. 231.

¹⁰⁸ Bajo tal premisa, el Tribunal Supremo ha aclarado que la cesión de datos sobre la fecha de la baja de los trabajadores, sin incluir más añadidos, aunque se trata de información personal, no puede considerarse como dato de salud, ya que en sí solo considerado no permite deducir que se refiere a una situación de enfermedad. STS, 5 de marzo de 2012 (1104/2009).

El principio de confidencialidad debe regir en aquella información obtenida que esté relacionada con el estado de salud del trabajador. El antedicho artículo expone una serie de actuaciones encaminadas a garantizar esa privacidad. Haciendo mención a un ejemplo, la drogodependencia, es un claro supuesto en el que una posible divulgación de los datos o conclusiones obtenidas, podría tener peores consecuencias para la intimidad del trabajador que el propio método de obtención de pruebas, que en la mayoría de casos consistiría en un análisis de orina¹⁰⁹ (en principio respetuoso con la intimidad corporal).

A. TRATAMIENTO Y PROTECCION DE LOS DATOS

Se ha mantenido por parte del Tribunal Constitucional, que los derechos de la persona pueden verse afectados por un indebido tratamiento de los datos, considerando la protección de estos un derecho fundamental y amplía la garantía constitucional cuando esos datos tengan incidencia en cualesquiera derechos de la persona¹¹⁰. Por tanto, el objeto de protección, no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino también a cualquier dato personal sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no constitucionales. Alcanza así, a los datos personales públicos, que no escapan al poder de disposición del afectado.

El uso de la informática entraña riesgos para los derechos de quien presta servicios por cuenta ajena, derivados de la capacidad para recopilar y transmitir datos sobre la persona del trabajo, permitiendo un ilimitado e indiscriminado manejo de informaciones sobre los empleados, lo que facilita que la empresa acceda a datos personales con total ignorancia de estos. Se ve así fácilmente el peligro de un inadecuado uso de las informaciones, que podrían permitir elaborar perfiles extremadamente precisos sobre sus empleados que incluyan datos de su más estricta intimidad, lo cual podría dar lugar a actuaciones discriminatorias camufladas bajo otras formas y basadas en esos conocimientos¹¹¹. Lo importante va a ser establecer un punto de equilibrio entre el

¹⁰⁹ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 186.

¹¹⁰ Sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, ideología, intimidad personal y familiar. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.109.

¹¹¹ La información como poder abandona así su carácter de tópico para convertirse en una muy tangible realidad. TASCÓN LOPEZ, R.: *Sobre la ejecución procesal de las obligaciones derivadas de la legislación sobre protección de datos personales; en este caso, eliminar los datos relativos a los*

derecho del empresario a utilizar de la forma más óptima las nuevas tecnologías y la correcta preservación y respeto de los derechos y libertades fundamentales del trabajador.

Sin embargo, no encontramos una regulación específica en el ordenamiento social, de forma que la normativa laboral debe iniciar su regulación desde reglas jurídicas que ordenan con carácter general el tratamiento automatizado de datos personales que proceden a la construcción de principios y reglas especiales. Respecto del concepto de dato relativo a la salud, hoy en día no existe texto legal que aporte una definición vinculante¹¹². Algún autor ha entendido que este concepto abarcaría los datos de carácter médico, pero también los que tengan una conexión con fines relacionados con la salud, y sean tratados en el ámbito de la salud pública, en seguros de enfermedad, actividades científicas o estadísticas, incorporando lo relativo al cuerpo humano, y afectando a la sexualidad, raza, código genético, antecedentes familiares, hábitos de vida, enfermedades y datos psicológicos¹¹³.

La inclusión en el expediente médico de los datos señalados, supondría, salvo consentimiento expreso del afectado, una vulneración del derecho a la intimidad de la persona. Por tanto, el personal médico, no puede realizar más pruebas que las estrictamente necesarias e imprescindibles ya que sino constituiría una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador. Estos reconocimientos médicos no pueden significar la búsqueda o análisis de elementos que sean innecesarios desde el punto de vista laboral, como hábitos sexuales, tasas de consumo de alcohol y drogas o ser portadores el virus VIH y menos aún test génicos que analicen la propensión del trabajador a sufrir determinadas enfermedades. Aunque a causa de la propia actividad médica, la información de carácter personal incluirá tanto datos que tengan que ver con el puesto de trabajo como otros que no tienen tal relación pero han surgido inevitablemente de la práctica del examen médico, pero no cabe olvidar en ningún momento que las conclusiones extraídas de dicha información deben aparecer relacionadas exclusivamente con la aptitud para desempeñar las obligaciones

diagnosticas médicos de los trabajadores de un archivo empresarial sobre absentismo con baja médica, Revista española de Protección de Datos, núm. 2, 2007, p.223.

¹¹² FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.111.

¹¹³ SANCHEZ CARO, J. y ABELLAN, F.: *Telemedicina y protección de datos sanitarios. Aspectos legales y éticos*, Granada, Comares, 2002, p.45. Incluyen los datos de salud mental y psíquicos en el concepto de salud.

profesionales o con la necesidad de mejorar o introducir nuevas medidas preventivas y protectoras.

El acceso a la información médica de carácter personal se limita al personal médico y a las autoridades sanitarias que llevan a cabo la vigilancia de la salud. Esos informes no pueden ser facilitados al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del afectado. Por tanto, el derecho a preservar en su esfera íntima los datos relativos a su estado de salud choca con el derecho del empresario a conocerlos, para proceder a organizar la actividad y cumplir su deber de protección de la integridad física de sus trabajadores. Ante este conflicto de intereses, la solución es que el empleador solo podrá recabar, almacenar y tratar de manera automática datos sobre la salud de sus empleados cuando estos resulten necesarios, razonables y proporcionados¹¹⁴. Queda así prohibida la vigilancia médica indiscriminada, injustificada o generalizada para cualquier caso o actividad.

La redacción utilizada por la LPRL al señalar la confidencialidad de estos datos y la imposibilidad de su uso con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador está aludiendo a normas de protección de datos de carácter personal, en concreto, la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal¹¹⁵, que establece que el responsable de los ficheros y los que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto a los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que continúan aun después de finalizar su relación con el titular del fichero o responsable del mismo (artículo 10 LOPD). La determinación del sujeto que es responsable del fichero, requiere la previa determinación de quien deba predicarse la obligación de mantener la información relativa a la salud, encontrándonos con tres hipótesis¹¹⁶: el personal médico que practica las medidas de vigilancia; el empresario sobre el que recae la obligación de mantener la información derivada de la vigilancia a la salud; y la existencia de servicios de prevención internos o externos encargados de la vigilancia a la salud.

¹¹⁴ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.113.

¹¹⁵ Que ha venido a sustituir a la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre sobre Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

¹¹⁶ MARTINEZ FONS, D.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cit., p.110.

Todos los datos extraídos, deben ser almacenados en ficheros de la empresa. Debe el empresario elaborar y conservar a disposición de la autoridad competente, la documentación por la que acredite que éste cumple con su deber de control de la salud de los trabajadores. El cumplimiento de esto, obliga al empresario a realizar un acopio documental, de lo cual es responsable aunque no se le permite el acceso a la totalidad del contenido de los mismos¹¹⁷. Ya que uno de los principios fundamentales de un adecuado sistema de tratamiento de datos viene dado por conseguir un escrupuloso respeto a la confidencialidad de los mismos.

También es importante el principio de veracidad que exige que los datos de carácter personal almacenados sean exactos y estén actualizados, para que el trabajador no se vea lesionado en su posición jurídica en tanto la empresa pueda tomar decisiones partiendo de datos inexactos o desactualizados, que puedan ir incluso en detrimento de su salud¹¹⁸.

El principio de conservación limitada es aplicable también a la protección de datos y a la vigilancia de la salud, de acuerdo con el cual los pormenores referentes al control médico únicamente permanecerán en los ficheros por el tiempo necesario para el cumplimiento de los fines para los cuales fueron en su momento recabados. Así, con la realización de un nuevo examen, habrá que determinar cuál va a mantener su validez respecto a los anteriores, de manera que si un dato carece de utilidad, deberá ser cancelado¹¹⁹.

Hay que mencionar al Delegado de Protección de Datos, que es una nueva figura que aparece en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Este se va a encargar de:

¹¹⁷ PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Cit., p. 119.

¹¹⁸ Esto permitirá hacer uso de los derechos de rectificación o cancelación regulados en el artículo 16 LOPD.

¹¹⁹ De tal manera que parece evidente que ante determinados supuestos, como que el trabajador cambie de empresa o cuando tras un proceso de selección no haya sido aceptado para formar parte de la misma, el fin para el cual las informaciones fueron recogidas desaparece, careciendo de sentido su mantenimiento en poder de la unidad productiva, resultando lo contrario en todo caso una intolerable apropiación perpetua e indebida de amplios aspectos y facetas de la vida personal del sujeto. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.115.

- Generar y guardar toda la documentación relativa a su asesoramiento, siendo este material de trascendental importancia en caso de conflicto al intentar clarificar las responsabilidades sobre una actuación negligente en materia de privacidad.
- Formación interna y auditorias
- Supervisión desde el minuto inicial de cualquier tratamiento de datos, incluso en el diseño de aplicaciones, con especial atención a los derechos de los ciudadanos.
- Velar por la conservación de la documentación.

B. ACCESO DE TERCEROS A LOS DATOS

Los médicos o facultativos que han intervenido en tales reconocimientos son las únicas personas ajenas al trabajador que conocerán toda la información obtenida. Así lo prevé la Ley al disponer que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Y a continuación el segundo párrafo del artículo 22.4 LPRL regula la información que se tiene que facilitar al empresario, el cual debe ser informado de las conclusiones. De la confluencia de estas previsiones legales se derivan las siguientes conclusiones¹²⁰:

- a. Únicamente las personas que han realizado las pruebas van a conocer los resultados y datos relativos a las mismas. Su información es total puesto que se encargan de efectuar, analizar y extraer conclusiones sobre los exámenes médicos. Razón por la cual sobre este colectivo opera un deber de sigilo.
- b. El trabajador sometido a las pruebas también va a tener derecho a conocer todos los pormenores de las mismas, no solo los resultados. Este va a poder solicitar que se le proporcione un completo conocimiento del reconocimiento. En caso de que no sean facilitados todos los datos, podrá acudir a la vía judicial para que el juez de lo social obligue a su entrega.

¹²⁰ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 187.

- c. El empresario también va a tener un acceso a la información obtenida, si bien de forma limitada. El empresario y los responsables en materia de prevención deben ser informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados respecto a la aptitud positiva o negativa del empleado para desarrollar la prestación de servicios en el puesto para el cual fue contratado, o respecto a la necesidad de introducir nuevas medidas de prevención y protección o mejorar las ya existentes.

De esta misma manera se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León referente al secreto de la información médica, estableciendo que “las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud, añadiendo, que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. El acceso a la información sanitaria del trabajador queda reservada al propio trabajador y al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Para garantizar la finalidad preventiva de estas actividades sin ruptura de la intimidad del trabajador se establece que el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención deben ser informados de las conclusiones”.

Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1 CE¹²¹) ya que deriva de la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE) implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad de vida mínima de la vida humana, y además el control por el propio titular de los datos e información relativos a él. El derecho fundamental a la intimidad personal otorga una facultad negativa, lo que impone la obligación de abstención de injerencias salvo en aquellos supuestos en los cuales éstas aparezcan fundadas en una previsión legal con justificación constitucional y

¹²¹ Confiere así a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

que sea proporcionada o cuando exista consentimiento eficaz¹²². Se impiden así, las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad.

Además de la confidencialidad de los datos recabados y análisis realizados en los reconocimientos médicos, la ley también impone su realización en la forma y con los medios que no lleguen a suponer una intrusión en la vida privada e íntima del trabajador. Pero el deber de tener que entregar las conclusiones que tengan que ver con el correcto desarrollo de las funciones en materia preventiva, puede suponer un riesgo para la confidencialidad de la información. Que un dato tenga carácter de confidencial, significa su mantenimiento en secreto frente a personas que no tienen interés legítimo alguno en su conocimiento¹²³, por tanto, esa privacidad, debe ser interpretada de forma restrictiva y dirigida directa e imprescindiblemente a la prevención. El artículo 22 LPRL modula la articulación de la documentación como resultados o como conclusiones de las pruebas practicadas, dando a los primeros una máxima confidencialidad mientras las segundas ven mermado ese blindaje¹²⁴.

La información médica personal plasmada en los resultados, incluye, además de información sobre la salud que tiene que ver con el puesto de trabajo, datos que no poseen relación directa con la prestación del servicio pero que han surgido en la práctica del examen de salud. Y estos resultados al pertenecer a la esfera íntima del trabajador solo van a poder acceder a ellos el personal médico o autoridades sanitarias que han desarrollado las distintas pruebas¹²⁵, quienes deben guardar secreto respecto del contenido de los resultados frente al resto de personas con alguna relación con las tareas preventivas o terceros.

Las conclusiones se deben elaborar utilizando lo más destacado de la información médica, pero sin facilitar información de índole médica o clínica o reflejar el problema de salud concreto padecido por un trabajador. Respecto de las conclusiones, como ya se

¹²² Habida cuenta que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno. STC de 15 de noviembre de 2004 (196/2004).

¹²³ PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Cit., p.120.

¹²⁴ En virtud del tipo de datos que incorporan y la mayor cantidad de sujetos a los cuales se les comunican, aun cuando no deben en ningún caso trascender más allá de la Administración sanitaria, la empresa o los sujetos con responsabilidades en materia preventiva. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.119.

¹²⁵ PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Cit., p.121.

ha dicho, el deber de confidencialidad aparece algo más relajado, ya que estas son comunicadas al empresario y a ellas tendrán acceso las personas y órganos con responsabilidad en materia de prevención¹²⁶ con objeto de que puedan desarrollar correctamente sus funciones. El acceso de los representantes de los trabajadores a los datos sanitarios, hace conveniente que los datos sean disociados, debido a la sensibilidad y naturaleza de los mismos. Respecto de esta facultad de la que disfrutaban los delegados de prevención de conocer y analizar los daños producidos en la salud e integridad física (artículo 39.2 LPRL), cabe destacar que no siempre será necesario conocer de los datos personales del trabajador, aunque en ocasiones sea relevante identificar las condiciones particulares del sujeto para llevar a cabo la tarea preventiva de la forma más adecuada.

Debido a la excesiva implicación de una amplia pluralidad de sujetos con legitimación en materia preventiva, lo más razonable es mantener en el anonimato la identidad del trabajador, de forma que únicamente se ofrezca el conocimiento de aspectos que permitan localizar el riesgo en el sistema organizativo de la empresa, utilizando para ello datos cifrados mediante claves codificadas o el envío de forma separada e los datos personales y de salud¹²⁷ impidiendo la asociación de ambos. A pesar del avance de las nuevas tecnologías, la manera más correcta de realizar la comunicación al trabajador sigue siendo mediante sobre cerrado y sellado por el servicio de prevención con la referencia expresa de confidencialidad, siendo remitidos directamente al interesado y no a la empresa¹²⁸.

Quien tiene la información, es quien puede suministrarla, por tanto, el personal sanitario debe integrar y delimitar el contenido de las conclusiones de los reconocimientos médicos en cada caso concreto, siendo su conciencia, en términos deontológicos de su disciplina profesional la que deberá asegurar que los informes finales estén delimitados en los estrictos términos impuestos legalmente.

¹²⁶ Delegados de personal, comité de Seguridad y Salud, la representación unitaria y sindical de los trabajadores, que aparecen igualmente sometidos al deber de confidencialidad. PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Cit., p.132.

¹²⁷ Probablemente una de las formas más efectivas, MARTINEZ FONS, D.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cit., p.117.

¹²⁸ Circunstancia que generaría el riesgo de filtración o el conocimiento de los datos por terceros no autorizados o no deseados. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.121.

1. Secreto profesional

Cuando el trabajador habla con su médico, le confía una serie de datos personales y circunstancias privadas, que pertenecen a la más estricta intimidad y se hacen con la confianza de que no va a ser divulgado. Por tanto, la intimidad, la confidencialidad, y el deber de secreto, se encuentran ligados por una relación instrumental. El derecho a la intimidad nos faculta para poder tener un control sobre nuestra vida y la confidencialidad supone el instrumento y garantía de ese derecho. El secreto médico, tiene como fundamento el derecho a la intimidad, y la confianza en el respeto de este derecho, posibilita una relación terapéutica eficaz.

El deber de confidencialidad y el uso responsable de la información no solo vienen establecidos en la LPRL, sino que hay que tener en cuenta las reglas deontológicas profesionales, ya que cumplen una misión muy importante a la hora de garantizar la objetividad y profesionalidad. El Juramento Hipocrático menciona expresamente este hecho al destacar como “lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba divulgarse, lo callare teniéndolo por secreto”. De igual forma, los Códigos Deontológicos recogen este deber señalando que el secreto médico es inherente a la profesión, obligatorio para todos los médicos, abarcando todo lo que el paciente le haya confiado o haya conocido por su profesión, sin extinguir este deber la muerte del paciente. La violación de este deber supone una falta grave, además de las previsiones legales contenidas en el Código Penal, la Ley de Protección de Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal¹²⁹.

Pero hay que mencionar el carácter relativo del secreto médico que se pone de relieve en el artículo 16 del Código Deontológico que contempla una serie de excepciones, siendo las mismas muy específicas y orientadas a supuestos muy concretos:

- a. Por imperativo legal
- b. En las enfermedades de declaración obligatoria
- c. En las certificaciones de nacimiento y defunción

¹²⁹ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.124.

- d. Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente, a otras personas o a un peligro colectivo
- e. Cuando se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente y este permite tal situación
- f. En el caso de comparecer como denunciado al Colegio o ser llamado a testimoniar en materia disciplinaria
- g. Cuando el paciente lo autorice sin que la autorización perjudique la discreción del médico, quien procurara siempre mantener la confianza social hacia su confidencialidad.

Pero la Ley de Prevención de Riesgos Laborales trata de dar la solución más adecuada al conflicto entre el secreto de las informaciones y la actividad preventiva, estableciendo de forma clara las causas justificativas de la comunicación de tales informaciones, quienes van a ser los sujetos destinatarios de las mismas, las barreras que no van a poder sobrepasar y las reservas en el uso y transmisión de la información.

Se debe señalar también, que los cambios tecnológicos han supuesto grandes transformaciones en las estructuras sociales y laborales, habiéndose modificado las relaciones entre médico y paciente, ya que en la actualidad la mayoría del almacenamiento es informático. Esto supone al médico, una mayor dificultad para mantener la intimidad de las personas cuyos datos de salud son archivados en ficheros informatizados¹³⁰.

2. Deber de sigilo profesional

El hecho de tener acceso a determinados datos, no significa que estos puedan ser difundidos. La LPRL establece que los delegados de prevención deben mantener el debido sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuviera acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones (artículo 30.4) y también les será de aplicación el artículo 65.2 TRET en lo referente al sigilo profesional. Aunque la norma solo haga referencia a los delegados de prevención, como a los datos de salud

¹³⁰ Aun cuando la normativa establece una red lo más compleja posible para mantener la confidencialidad de tales datos y restringir al máximo su accesibilidad para terceros. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.125.

acceden más sujetos, estos también van a tener el deber de sigilo sobre la información que llega a sus manos por el cumplimiento de sus funciones¹³¹.

Un supuesto problemático es el caso de las empresas que no tienen representación especializada y se tiene que encargar el empresario de notificar la información sobre actividad preventiva, sin que tenga la obligación de mantener sigilo. En este caso, también estarán obligados a no divulgarlos debido al deber de secreto derivado del principio de buena fe contractual.

C. CONFIDENCIALIDAD DE DATOS Y NO DISCRIMINACION.

El artículo 22 LPRL establece que los datos obtenidos mediante las pruebas o controles de vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. Se especifica de esta forma la previsión general contenida en el artículo 4.2.c) TRET que garantiza el derecho de todo trabajador a no ser discriminado por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, siempre que se halle en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate. Ahora bien, estos extremos discriminatorios son difícilmente verificables en la relación laboral, pues no se consideraran dentro de esa categoría aquellas acciones o decisiones del empresario, emprendidas o tomadas como consecuencia de informaciones que revelen la ineptitud del trabajador, su incompatibilidad por razones de salud o seguridad con el desempeño de su actividad laboral habitual o que el estado de su salud suponga riesgos para otros trabajadores o terceros (artículo 22.1 LPRL). En estos casos, pueden producirse consecuencias negativas para el trabajador cuya licitud pudiera cuestionarse a la vista de la restricción que se vincula al conocimiento de la información y que impide su uso en su perjuicio. Sin embargo, esta tesis no es tan sencilla en la práctica, pues la no aptitud del trabajador, o la aptitud limitada, tras la conclusión de un reconocimiento médico, genera la necesidad de acondicionar el puesto de trabajo a las limitaciones físicas o funcionales que afectan al trabajador, si fuera posible. Esta circunstancia se puede materializar en modificaciones técnicas o traslados organizativos a otras plazas [artículos 51.1.d), 15.2 y 25.1 LPRL]. El problema surge

¹³¹ De tal forma, respecto al Comité de Seguridad y Salud nada expresa la Ley directamente, habida cuenta que se entenderá implícito en la condición de los sujetos que la constituyen, pues no son otros que los propios delegados de prevención. Igualmente, los trabajadores designados para desempeñar las tareas preventivas quedan sujetos a este deber en virtud del artículo 30.4 LPRL. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.125.

cuando estas dos alternativas devienen inviables, circunstancia que puede dar lugar a la extinción del contrato de trabajo por la causa de ineptitud sobrevenida prevista en el artículo 52.a) TRET sin que exista posibilidad de cambio de puesto, la cual no puede considerarse, en principio, comprendida en la prohibición del artículo 22.4 LPRL. Sin olvidar tampoco la posible disolución automática del vínculo por resolución firme de la Administración declarativa de la situación de incapacidad permanente del trabajador¹³². Cabe entender igualmente, que procedería la no contratación o ascenso cuando los reconocimientos previos, obligatorios por la peligrosidad de la actividad, pongan de manifiesto la ineptitud del trabajador¹³³.

Se veda cualquier elemento de segregación basado en la mera existencia de enfermedad o por el simple hecho de consumir drogas, salvo que la decisión conecte con la falta de aptitud o riesgo para sí o para el resto de personas. Del mismo modo, esta situación la debemos conectar con la causa legal de despido contenida en el artículo 54.2.f) TRET que permite despedir a un trabajador a causa de embriaguez habitual o toxicomanía, siempre y cuando esta circunstancia repercuta gravemente en el trabajo. Para que sea procedente el despido por estas causas, debemos encontrarnos ante un consumo habitual, en tanto en cuanto suponga un comportamiento reiterado y no se trate de un hecho aislado, requiriéndose también que ocasione una repercusión negativa en el trabajo¹³⁴.

D. INFORMACION DEL TRABAJADOR AL EMPRESARIO. ALCANCE

No resulta obligatoria la información del trabajador al empresario respecto de su salud, ya que esos datos forman parte del ámbito de la intimidad personal. Por tanto, el examen que el empresario realice al trabajador para proceder a su contratación, debe ser realizado por los servicios de prevención regulados en el Real Decreto 39/1997 y la obligación de información del trabajador contenido en el artículo 4 de la Ley 41/2002 se refiere a esos servicios y sus profesionales sanitarios, pero en ningún caso al

¹³² JAUREGI APELLANIZ, J.J.: *Vigilancia de la salud. Precisiones y acotaciones en torno a su voluntariedad y otras consideraciones de interés*, Cit., p.216.

¹³³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Cit., p. 235-236.

¹³⁴ TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Cit., p. 189.

empresario¹³⁵. De este modo, si el empresario “no dispone que se lleven a cabo dichos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios”¹³⁶.

Forman parte del más estricto ámbito de su intimidad personal, las características genéticas y biológicas de una persona, sus condiciones físicas y su estado de salud. Por tanto, cada persona, tiene el derecho de ocultar sus defectos físicos o situación patológica, ya que se da una elevada posibilidad de que las personas que padecen determinadas enfermedades puedan ser discriminadas en muchos ámbitos sociales, como históricamente ha venido ocurriendo con algunos padecimientos¹³⁷, circunstancias que han supuesto que legislaciones nacionales y supranacionales adopten determinadas medidas de protección de dichas personas¹³⁸.

Si después de la contratación, se sanciona al trabajador por no querer dar a la empresa información respecto de su salud, se le va a estar castigando por el ejercicio de un derecho fundamental. “Esto solo basta para declarar la nulidad de la sanción impuesta por vulneración de un derecho fundamental a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE”¹³⁹.

Un ejemplo claro referente a esta cuestión, son las personas portadoras de los anticuerpos del VIH o que padecen la enfermedad del SIDA¹⁴⁰. La doctrina judicial ha

¹³⁵ A quien ni siquiera esos servicios y profesionales pueden informar de sus hallazgos más allá de lo que es preciso en relación con la aptitud del trabajador para las tareas que ha de desempeñar y sus limitaciones. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.128.

¹³⁶ STSJ, de 21 de marzo de 2005, Castilla y León/Valladolid (AS 442).

¹³⁷ Al respecto, TASCÓN LOPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Cit., p. 99.

¹³⁸ Estas, es su mayor parte, tendentes a “garantizar la confidencialidad de los datos médicos reveladores de la situación de enfermedad y a impedir a terceros el acceso a esos datos y que en el ámbito laboral han tenido plasmación concreta en el artículo 22 de la LPRL que trata de proteger la intimidad y la dignidad de la persona trabajadora respecto del empleador dentro de los límites que el precepto marca”. STSJ

País Vasco, 5 de marzo 2002 (AS 2553).

¹³⁹ STSJ, de 21 de marzo 2005, Castilla y León/Valladolid (AS 442).

¹⁴⁰ La pertinencia de la prueba para su detección queda limitada a supuestos de riesgo de contagio en el lugar de trabajo, lo que considerando las limitadas vías de transmisión hace que su carácter imprescindible se detecte en pocas ocasiones, especial y particularmente en algunas actividades de naturaleza sanitaria. ROMERO RODENAS, M^a. J.: *SIDA y toxicomanías. Una análisis jurídico laboral y de la seguridad social*, Cit., p.166 o BALLESTER PASTOR, M^a. A.: *La vigilancia de la salud laboral*, Cit., p.18.

establecido respecto de que un trabajador sea portador de anticuerpos de VIH y no lo comunique a la empresa que¹⁴¹:

- a. No existe obligación de declarar que se es portador de los anticuerpos del VIH o que se padece el SIDA
- b. Que ello está protegido por los derechos a la no discriminación y el respeto a la intimidad
- c. Que existe el derecho a la confidencialidad de los datos médicos
- d. Que existe el derecho a no informar al empresario de la condición de portador de anticuerpos VIH y también en este ámbito rigen los derechos a la confidencialidad e intimidad
- e. Que las personas infectadas con el virus, no tienen la obligación legal de informar a nadie.

Puede ocurrir que la empresa tenga conocimiento de datos inherentes a la intimidad del trabajador, y esto pueda causar posteriores sanciones o despidos. En estos casos, la doctrina judicial entiende que si el propio trabajador no los ha proporcionado ni la empresa ha accedido a ellos con su consentimiento, habrá indicios de un acceso no consentido a datos inherentes a la intimidad, vulnerándose el derecho fundamental del artículo 18.1 CE. Se produciría así una doble vulneración del derecho a la intimidad personal del trabajador¹⁴²:

- 1) De un lado, “por cuanto se le sanciona por la empresa por el exclusivo hecho de ejercitar su derecho fundamental de exclusión de la acción y conocimiento de terceros de determinados datos”
- 2) Y, de otro, “por cuanto el conocimiento de una enfermedad o lesión previa que sirvió a la empresa para imputarle la omisión de información, se obtuvo por la empresa de manera ilegítima, sin el consentimiento del propio afectado”.

Y aunque solo fuesen indicios, se darían los requisitos para invertir la carga de la prueba, debiendo ser la empresa la que debe acreditar el origen legítimo de la

¹⁴¹ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.129.

¹⁴² Todo lo cual, debe llevar a declarar la nulidad de la sanción impuesta. STSJ, de 21 de marzo 2005, Castilla y León/Valladolid (AS 442).

información¹⁴³. Por tanto, el trabajador lo que debe aportar es un principio de prueba o prueba verosímil, que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que permita deducir la posibilidad de que se ha producido. Una vez cumplido este principio de prueba, la empresa debe probar que su actuación no tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración y que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. La ausencia de prueba empresarial, determina que los indicios adoptados desplieguen su operatividad para declarar la lesión del derecho del trabajador.

Sobre la imposibilidad de despedir a un trabajador por no haber revelado datos sobre su estado de salud hay que mencionar una esclarecedora sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria¹⁴⁴ que establece cómo “la causa alegada del despido, como conducta supuestamente ilícita que se imputa al trabajador, es una omisión de informar sobre aspectos referentes a su salud en el momento de su contratación laboral. Es cierto, que la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece en su artículo 2.2.5 que los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria, pero los destinatarios de dicha información son los centros y servicios sanitarios y no los empleadores. En este caso no se realizó actividad alguna de vigilancia de la salud en el momento de la contratación, y se le imputa al trabajador no haber informado al empresario contratante sobre su estado de salud. Pero, tales informaciones no son obligadas, ya que forman parte del ámbito de la intimidad de la persona. El empresario puede subordinar la contratación del trabajador a un previo examen sanitario que demuestre la aptitud para el trabajo, e incluso tiene la obligación de hacerlo en algunos casos, pero dicho examen ha de ser llevado a cabo por los servicios de prevención y la obligación de información del trabajador contenida en el artículo 2.2.5 de la ley 41/2002 se refiere a esos servicios y sus profesionales sanitarios, pero en ningún caso al empresario, a quien ni siquiera esos servicios y profesionales pueden informar de sus hallazgos más allá de lo que es preciso en relación con la aptitud del

¹⁴³ Tal como ha establecido de manera reiterada la Doctrina del Tribunal Constitucional. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.130.

¹⁴⁴ STSJ de 23 de enero de 2005, Cantabria (70/2005).

trabajador para las tareas que ha de desempeñar y sus limitaciones. Si el empresario no dispone que se lleven a cabo dicho reconocimiento médicos por servicios y personal autorizado, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios. Cuando, como ha ocurrido en el caso de autos, se despide posteriormente al trabajador por no proporcionar a la empresa tal información, se le esta sancionando por el ejercicio de un derecho fundamental, puesto que, el objeto de la información cuya omisión se le imputa forma parte de la intimidad del trabajador. Esto solo basta para declarar la nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal. Aparece además un conocimiento inexplicado en cuanto a su fuente y origen por parte de la empresa de datos inherentes a la intimidad del trabajador. Efectivamente el informe sanitario del servicio de prevención ajeno dirigido a la empresa como resultado de un reconocimiento médico practicado unos dos años después de su contratación, se limita a declarar apto al trabajador para el desempeño de sus tareas con dos limitaciones, relativos a la carga de pesos a brazo y elevación de las extremidades superiores. Ninguna alusión se hace de su estado de salud más allá de esto, ni a accidentes sufridos por éste de ningún tipo, ni se data en fecha alguna el origen de las limitaciones. A pesar de ello la carta de despido se basa en una información adicional más detallada en poder de la empresa relativa al estado de salud y dolencias del trabajador, origen de las mismas, etc. Estos datos forman parte del ámbito protegido por la intimidad personal del trabajador y que éste puede excluir legítimamente del conocimiento empresaria, no constando que hubiese sido el propio trabajador el que proporcionase los mismos a la empresa, ni que ésta hubiese accedido a ellos con el consentimiento del trabajador. Existen por tanto fundados indicios de un acceso no consentido a datos inherentes a la intimidad del trabajador y dicha información se constituye en base del acto de despido”.

XII. FUNCIONES DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS TRABAJADORES

El artículo 22 LPRL dispone que con carácter previo al diseño y establecimiento de la política en materia de vigilancia de la salud, los representantes legales de los trabajadores deberán emitir un informe previo. 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 pruebas¹⁴⁵.

XIII. CONSECUENCIAS DE LA ACREDITACIÓN DE UN ESTADO DE SALUD INCOMPATIBLE CON EL PUESTO DE TRABAJO

La aptitud laboral para el desempeño del trabajo se condiciona a la existencia de alguna deficiencia psicofísica, que impide la realización del trabajo con normalidad o que constituya algún riesgo para la salud del trabajador o terceros¹⁴⁶. De acuerdo con el artículo 4.7 LPRL en la evaluación de riesgos se deben tener en cuenta las características del puesto de trabajo que puedan aumentar los riesgos a que esté expuesto el trabajador y también todas las circunstancias biológicas y personales¹⁴⁷ del trabajador. Esta obligación se concreta con mayor nitidez en el artículo 25 LPRL que prohíbe que nadie sea empleado en un puesto de trabajo que pueda ponerle en situación de peligro o cuando se encuentre en una situación transitoria que no responda a las exigencias profesionales del puesto de trabajo concreto a desempeñar. Por tanto, si la empresa detecta o conoce algún problema en la salud del trabajador deberá actuar al respecto, adoptando las oportunas medidas de protección sanitaria.

¹⁴⁵ LUQUE M. y SANCHEZ E.: *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cit., p.194.

¹⁴⁶ ELENA GARCÍA, J.A.: *La vigilancia de la salud y la aptitud laboral*, Cit.

¹⁴⁷ La norma concibe tales circunstancias personales en un sentido amplio, permitiendo así abarcar cualquier circunstancia que pueda influir en la actividad laboral sin necesidad de que las dolencias traigan causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino que puede tratarse de otras comunes. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p. 147.

Tras la realización del examen médico sobre el estado de salud, el trabajador podrá ser calificado como:

- a. Apto sin ningún tipo de restricción: puede desempeñar su tarea habitual sin limitaciones.
- b. Apto con restricciones: puede desarrollar tareas fundamentales de su puesto de trabajo, pero otras solo de forma parcial o incluso quedar al margen de su estado psicofísico.
- c. Apto en observación: ocurre cuando se obtienen datos que no son concluyentes sobre su aptitud y existe sospecha de enfermedad profesional, que no le impide realizar su trabajo.
- d. No apto: supone que el desempeño de sus tareas conlleve problemas de salud o que sus capacidades fisiológicas y psicológicas le impidan su realización.

Respecto a la necesidad de motivar debidamente las declaraciones de ineptitud por parte de los servicios médicos encargados de la vigilancia de la salud, se debe mencionar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias¹⁴⁸, referida en concreto a una escoliosis sufrida por un trabajador en virtud de la cual “la escoliosis como desviación de la curva fisiológica del raquis o su inversión requiere para su valoración la concreción de un grado y clase de alteración funcional. Hablar con carácter genérico de escoliosis resulta técnicamente poco riguroso, cuando se trata de valorar una repercusión funcional, porque no es lo mismo una escoliosis de 5 grados que una escoliosis de 20 o 40 grados. Esta concreción que es necesaria cuando se valora una repercusión funcional, no se exige en el Baremo utilizado para los reconocimientos médicos previos al ingreso en la empresa HUNOSA, y no se hace, al contrario de otros supuestos, como la visión, la obesidad o la capacidad pulmonar, en lo que se gradúa, porque en el caso del aparato locomotor las alteraciones del mismo, que específicamente se señalan, entre las que se encuentra la escoliosis, se valoran con independencia de su grado, quizás en el afán de tratar de cumplir el objetivo principal del examen médico que no es otro que conseguir un trabajador sin tacha alguna presente o previsiblemente futura. Respecto a la geoda apófisis estiloides bilateral, se trata, a falta de otra concreción que no consta en el expediente, de una variante anatómica a la que se puede estar adaptado sin que suponga limitación o menoscabo alguno. Esta

¹⁴⁸ STJS de 11 de junio de 1999, Asturias.

posibilidad u otra cualquiera no está ni valorada ni concretada en la resolución de la empresa, ni está contenida en el Baremo. Tener una geoda puede ser algo, mucho o nada. La mera afirmación de su existencia no puede sustentar una resolución denegatoria, pero es preciso convenir en este punto que la resolución denegatoria de aptitud se sustenta en el hecho principal de la existencia de una escoliosis”.

Realizados los reconocimientos y determinado el grado de aptitud del trabajador, puede emerger la conflictividad propia de las relaciones laborales, sobre todo, cuando la falta de aptitud impide la adscripción del trabajador a su puesto y la adopción de medidas técnicas no son suficientes para mantenerlo en condiciones de salud y seguridad. Esta conflictividad también se da cuando el trabajador desconoce u oculta un estado psicofísico incompatible con su trabajo. Viendo así la importancia de los reconocimientos médicos como instrumento preventivo y también como elemento delimitador de la responsabilidad empresarial.

Cuando un trabajador no es apto para su puesto de trabajo, corresponde a la empresa adoptar medidas organizativas tendentes a garantizar la seguridad y salud del trabajador¹⁴⁹, las cuales se encuadran en el ejercicio ordinario de su poder de organización y dirección, cuya implantación debe ser lo menos onerosa posible para el trabajador. Estas medidas pueden afectar a los horarios, a la jornada de trabajo, al sistema de turnos, al trabajo nocturno o incluso puede suponer un cambio de funciones. En caso contrario podría incurrirse en un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones del empresario que puede justificar la resolución del contrato a través del artículo 50.1.c) ET ya que la doctrina jurisprudencial¹⁵⁰ ha considerado que el continuado incumplimiento empresarial del deber de velar adecuadamente por la salud de sus trabajadores constituye causa suficiente para tal resolución indemnizada del contrato, ya que ante la presencia de un riesgo laboral y un daño derivado del trabajo, el deber de seguridad resulta incuestionable y su desatención generará responsabilidad contractual¹⁵¹.

¹⁴⁹ Tienen un carácter prioritario las medidas de adaptación al puesto de trabajo, sobre las que incidan en las condiciones de trabajo. ELENA GARCÍA, J.A.: *La vigilancia de la salud y la aptitud laboral*, Cit.

¹⁵⁰ SSTSJ 10 de diciembre de 2002 y 4 de enero de 2005, Madrid.

¹⁵¹ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p. 147.

Pero, cuando no resulta posible la adopción de medidas técnicas u organizativas, y el trabajador no puede ser satisfecho a través de un cambio de puesto, deberán tomarse medidas de carácter extintivo. Hay que plantearse la cuestión de si resulta posible que el empresario pueda despedir al trabajador tras la no superación por parte de éste de un reconocimiento médico. La solución en primer término podría proceder a movilizar al trabajador, ya sea geográficamente o funcionalmente, dentro de la propia empresa en otro puesto de trabajo exento de riesgo, conservando las remuneraciones del antiguo. Sin embargo, el problema se plantea cuando no hay posibilidad de realizar dicho cambio de puesto, no siendo posible dar ocupación efectiva ni adecuada y adaptada al estado de salud de un individuo concreto, momento en el cual el empresario puede optar por la rescisión del contrato por ineptitud sobrevenida.

Este tipo de medidas deben estar justificadas, no bastando con negar la existencia de un puesto de trabajo idóneo para el trabajador, sino que es necesaria una actividad probatoria que acredite¹⁵²:

- a. Que no resulta técnicamente posible la adaptación del puesto de trabajo,
- b. Que las medidas organizativas son insuficientes o
- c. Que no existe un puesto de trabajo libre de riesgos.

Respecto a esto, la Orden de 9 de mayo de 1962, vigente aún, en su artículo 45, contempla la obligación de trasladar al operario a otro puesto de trabajo exento de riesgo, si tras los reconocimientos, se descubre algún síntoma de enfermedad profesional, cuya progresión, fuera posible evitar con el traslado del trabajador. En los supuestos en los que no fuera posible el traslado, la citada Orden introdujo una limitación del ejercicio del poder organizativo y directivo del empresario, que exige la conformidad previa con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para que el trabajador sea dado de baja y se le inscriba con derecho preferente para ser empleado en el Servicio Público de Empleo¹⁵³.

El empresario puede extinguir el contrato:

¹⁵² STSJ, Cantabria, de 25 de Octubre de 2001 (AS 2001/3981).

¹⁵³ Percibiendo el trabajador en este caso un subsidio equivalente al salario íntegro durante un periodo de 12 meses con cargo a la empresa. Transcurrido ese plazo, el trabajador percibirá el subsidio durante 6 meses a cargo de la Entidad Gestora. ELENA GARCÍA, J. A.: *La vigilancia de la salud y la aptitud laboral*, Cit.

1. En los supuestos de ineptitud del trabajador de conformidad con lo establecido en la letra a) del artículo 52 del TRET. Esta posibilidad se enfrenta a diferentes obstáculos habida cuenta que no parece posible realizar una total equiparación entre el concepto de ineptitud sobrevenida y el de ineptitud por causas médicas que aparezca reflejado en el informe del facultativo responsable de la realización del reconocimiento médico, pues se trata de dos términos distintos que no se corresponde el uno con el otro, de forma tal que la falta de aptitud surgida desde un punto de vista médico no parece poder dar lugar automáticamente a la extinción del contrato por causas objetivas fundadas en la ineptitud sobrevenida¹⁵⁴.
2. En determinadas condiciones psicofísicas del trabajador de origen laboral o común, que pueden ocasionar la falta de asistencia al trabajo, y justificarían una extinción causal objetiva del contrato de trabajo según lo previsto en la letra d) del mismo precepto.
3. También por determinados incumplimientos contractuales del trabajador que pueden estar relacionados con su situación personal o estado de salud, que se manifiesten en faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad, indisciplina o desobediencia¹⁵⁵.

El empresario, ante un posible proceso de impugnación ante los tribunales, encontrará dificultades importantes por cuanto desconoce las razones médicas de la ineptitud del trabajador, ya que la ausencia en el despido de formalidad mínima como acto de voluntad unilateral del empresario, en el que no aparezcan los hechos que lo motivan, supondrá un despido con violación de los derechos fundamentales que lleva aparejada la declaración de nulidad. Pero el respeto a la intimidad y confidencialidad de todos los datos e información relacionada con el estado de salud de un trabajador hacen que resulte suficiente una carta de despido en la cual quede constatado que la decisión extintiva aparece determinada por el informe del servicio de vigilancia de la salud en virtud del reconocimiento médico practicado, de forma tal que el derecho del trabajador a un conocimiento claro y fehaciente de las causas de despido para ejercitar de la mejor manera posible su defensa, no resulta vulnerado.

¹⁵⁴ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p. 148.

¹⁵⁵ Sirviendo como ejemplo la embriaguez habitual o toxicomanía que suele desembocar en un despido disciplinario. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit.

Debemos de tener en cuenta la gran importancia de los resultados obtenidos en los reconocimientos médicos, debiendo hacer mención en este caso como mero botón de muestra al trágico accidente aéreo ocurrido el 24 de marzo de 2015, en el cual un copiloto de avión, había roto y ocultado a la empresa el documento de baja y otros documentos que demostraban que estaba en tratamiento debido a una depresión. Esto produjo que una persona que no se encontraba en condiciones de ser copiloto de un avión accediera a los mandos del mismo y decidiera estrellarlo. Los documentos demostraron que estaba en tratamiento hasta el mismo día en que decidió acabar con su vida y la del resto de pasajeros y tripulantes a bordo. Por tanto, se debe recalcar que en según qué tipo de profesiones se debe tener un mayor control de esos reconocimientos médicos y también de los resultados o conclusiones obtenidas, ya que puede poner en peligro a los demás y por ello se contempla así como una excepción (el supuesto de que ponga en peligro la salud de los demás o de terceros), teniendo en cuenta que en este caso el copiloto ocultó a su empleador y a su entorno profesional su enfermedad. Hago mención al artículo de la Doctora María Castellano “cuando la vida de muchos depende de la salud mental de uno solo”¹⁵⁶, la cual analiza cómo este joven “obsesionado por conseguir su sueño de ser piloto, lo cual consiguió tras un duro recorrido, llama la atención, precisamente que pudiera superar este camino cuando, según la información conocida, cuando se preparaba en Estados Unidos sufrió cuadros de ansiedad y otras manifestaciones de inestabilidad; al parecer ya trabajando en Alemania en 2009, estuvo de baja laboral por depresión en un periodo de varios meses; y finalmente, en la actualidad había consultado a más de un especialista y el médico correspondiente le había prescrito tratamiento antidepresivo dándole la baja laboral”. Teniendo en cuenta la medicina del trabajo se pregunta “¿cómo pudo ser considerado apto un hombre que carecía de esta estabilidad y que manifestaba síntomas y signos de vulnerabilidad psicológica?, ya que hay una selección de personal; las exploraciones previas a la contratación poniéndose las características biológicas y psicológicas del candidato frente al puesto de trabajo; las exigencias de aviación que se ajustan a un exigente protocolo, en el que mediante cuestionarios psicodiagnósticos se eligen personas con alta estabilidad emocional”. Y además “el control periódico de la salud de los trabajadores, pero al desconocer la empresa tal situación, la responsabilidad directa era de este hombre como trabajador. Se debe así llamar la atención sobre el hecho de que en

¹⁵⁶ <http://www.medicosypacientes.com/articulo/dra-maria-castellano-andreas-lubitz>.

determinadas profesiones, el control de la salud psicofísica debe ser especialmente cuidadoso. Con la existencia de una ley de no discriminación por cualquier tipo de discapacidad, y de integración laboral de las personas discapacitadas, estando de acuerdo con el contenido y espíritu de esta norma, se debe encontrar un equilibrio entre las exigencias psicofísicas que son necesarias para determinadas profesiones y actividades”.

XIV.LA NEGATIVA DEL TRABAJADOR A LA PRÁCTICA DE UN RECONOCIMIENTO MÉDICO.

Si los reconocimientos médicos llevados a cabo se ajustan a las previsiones del artículo 22 LPRL, la facultad de requerir obligatoriamente el sometimiento a las pruebas médicas es una manifestación más del poder legítimo de organización y dirección empresarial. Por tanto, es evidente que una negativa injustificada constituye un acto de desobediencia que, en función de su intensidad, de la forma en la que se manifieste y de su persistencia, permite activar el poder disciplinario del empresario. Pero en los supuestos en los que puedan existir dudas razonables sobre la idoneidad del reconocimiento médico o de alguna de las pruebas que lo integran, debe prestarse especial atención. 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. Solo en estos casos, existirán garantías plenas sobre la procedencia de la sanción a imponer¹⁵⁷.

Cobra aquí gran importancia lo que se hubiese pactado en la negociación colectiva, en los protocolos de actuación o en los códigos de conducta existentes en la empresa.

Podemos mencionar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura¹⁵⁸, cuyos hechos versan del despido de un trabajador que se niega a someterse a un reconocimiento médico. Este caso es referente a un vigilante de

¹⁵⁷ LUQUE M. y SANCHEZ E.: *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cit., p.194.

¹⁵⁸ STSJ de 5 de febrero de 2013 (44/2013).

seguridad que se encarga de vigilar una obra, y el cliente de la obra en cuestión, exigía que todos los vigilantes de seguridad tuviesen pasado el oportuno reconocimiento médico. En atención a ello la empresa avisó en numerosas ocasiones al trabajador para que acudiera a los servicios de MC Mutual, que es con quien la empresa tenía concertada tal labor, debiendo someterse el trabajador a las pruebas rutinarias por las que pasan todos los obreros llamadas a descartar la exposición a riesgos que pongan en peligro su salud, negándose el trabajador y decidiendo acudir a su médico de cabecera. Establece así la sentencia que “estamos ante la excepción a la voluntariedad en el reconocimiento médico que preceptúa el artículo 22 LPRL, en el que, además de cumplir los requisitos en el precepto exigidos, se ha informado al trabajador de que la empresa dueña de la obra donde presta servicios exigía que los trabajadores hubieran pasado el oportuno reconocimiento, razón por la que no está justificada la negativa del trabajador”. Y añade que “ante la existencia de un defecto de audición la empresa tenía derecho a comprobar el grado de deterioro acústico del trabajador a través del oportuno reconocimiento médico”, y que “el riesgo que supone la sordera en la conducción para sí o para terceros, ejercita su legítimo derecho de solicitar al trabajador un reconocimiento, que no tenía por qué conducir a negarle la ocupación efectiva, sino a evaluar las deficiencias que sufre, negándose a ello el trabajador sin que hasta la fecha justifique su negativa”. Considerando el tribunal que “nos encontramos ante una clara conducta obstativa al cumplimiento de una orden empresarial, que no es arbitraria, ni esta injustificada, ni tampoco es lesiva para el derecho fundamental a la intimidad al estar limitado este derecho por la obligación de la empresa a destinar al trabajador a un puesto adecuado a sus aptitudes físicas y a que no se encomienden al trabajador funciones que supongan un riesgo para sí o para terceros, por lo se declara la procedencia del despido”.

El trabajador, como sujeto obligado y parte de un contrato de trabajo, asume también obligaciones en materia de seguridad y salud, estableciendo el artículo 29 LPRL que a cada trabajador le va a corresponder velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación e instrucciones del empresario. Por tanto, el

trabajador puede incurrir en incumplimiento de sus deberes¹⁵⁹, lo cual se podrá traducir en la exigencia y asunción de responsabilidades atendiendo al tipo de infracción cometida y su gravedad.

Siguiendo la regla general de la voluntariedad de los reconocimientos médicos, no se va a crear responsabilidad alguna para quien decida no someterse a los mismos. Sin embargo, ante la obligatoriedad que los exámenes de salud poseen en determinadas ocasiones, la negativa del trabajador a su realización puede suponer la generación de responsabilidad o de ciertas consecuencias negativas. Aunque en ningún caso cabría imputarle al trabajador responsabilidad administrativa ni de seguridad social, que corresponden exclusivamente al empresario, pero si puede asumir otro tipo de responsabilidades como responsabilidades desde el punto de vista penal y patrimonial como resultado de su actuación incumplidora, negligente o delictiva.

La responsabilidad más típica en este ámbito es la que tiene el trabajador frente a la empresa, de tal forma que sus incumplimientos pueden ser sancionados directamente por el empresario al amparo de su poder disciplinario, y así lo recoge el artículo 29.3 LPRL, de acuerdo con el cual aquéllos tendrán la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 ET, o de falta de acuerdo con lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de la Administración¹⁶⁰.

Cuando la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico sea irrazonable y obstruccionista, el empresario va a estar facultado para imponerle la sanción disciplinaria que considere oportuna, pudiendo llegar incluso al despido como única forma de evitar la exposición a un riesgo patente o poner en peligro al resto, en tanto el alcance real se desconocerá si no se realizan las pruebas correspondientes. En los casos de reconocimientos médicos cuyo fin es evitar daños a los trabajadores o a terceros, podrá resultar posible apartar al trabajador del puesto de trabajo concreto en caso de existir sospechas fundadas de la materialización de alguno de los riesgos, lo que sería obligación del empresario si se tratase de reconocimientos previstos en la

¹⁵⁹ FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.166.

¹⁶⁰ Estas previsiones serán de aplicación a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, lógicamente con las precisiones o particularidades establecidas en sus propios reglamentos de régimen interno. FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Cit., p.167.

normativa para riesgos específicos. Esta posible imputación de responsabilidad no resulta difícil de entender ya que la actuación del trabajador no es indiferente para la empresa, ya que puede generar responsabilidades para ésta o incluso trastornar en diferentes sentidos (plano productivo, buen funcionamiento de la actividad empresarial...) haciendo su justificación de la posición genérica de subordinación del trabajador a los poderes empresariales.

XV. CONCLUSIONES

Finalizado el análisis, cabe destacar la importancia de una correcta realización de los reconocimientos médicos, tanto para prevenir posibles enfermedades o accidentes como para no atentar contra la intimidad del trabajador. De esta manera, pueden destacarse las siguientes conclusiones:

Primera.- El origen en la regulación referente a los reconocimientos médicos lo encontramos en la Directiva 89/391/CEE de 12 de junio, observándose su transposición fundamentalmente en el artículo 22 LPRL, y desarrollado parcialmente en el artículo 37.3 RSP. La Norma Europea establece unos reconocimientos específicos y finalistas, acoge al principio de voluntariedad como regla general y prevé que su realización se lleve a cabo de modo periódico, y a partir de estos datos básicos, el legislador nacional ha construido un sistema de vigilancia de la salud, en el que se incorporan posibilidades y límites.

Segunda.- La vigilancia de la salud adquiere la categoría de verdadero deber para el empresario, optando así la ley por construir el contenido del derecho de los trabajadores a partir del correlativo deber. Este deber se analiza desde un punto de vista de integración genérico refiriéndose así a todos los aspectos relacionados con el trabajo, y al ser el empresario el titular del centro de trabajo y ser quien organiza y dirige la actividad productiva, se le tiene como principal obligado y responsable.

Tercera.- El artículo 22.1 LPRL recoge como regla general que los reconocimientos médicos solo podrán llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, como así prevé también la Directiva 89/391/CEE, suponiendo su incorporación la derogación de lo previsto anteriormente en la Ordenanza General de Seguridad Social e Higiene en el Trabajo y en el Reglamento de Servicios Médicos de Empresa, los cuales imponían su preceptiva realización. Por tanto, ahora el trabajador es libre para decidir si quiere o no someterse a los exámenes clínicos, encaminando esto a garantizar que se limite la incidencia de este tipo de medidas en la erosión de otros derechos y libertades, como puede ser la intimidad o dignidad personal. Además, tribunales y doctrina, establecen que el consentimiento otorgado de forma expresa o tácita no ampara el sometimiento a todos los reconocimientos médicos, sino que solo abarca para un concreto examen, debiendo solicitarse el mismo para cada actuación clínica. Para que el

trabajador pueda proceder a consentir o no cada prueba, la doctrina alude a que es necesario un consentimiento previo e informado, no habiendo duda de que a la falta de información puede conducir a vicio de error.

Cuarta.- La negociación colectiva tiene un papel normativo que complementa y precisa el marco legal y reglamentario de los reconocimientos médicos. Esta puede ofrecer condiciones específicas para prestar el consentimiento y considerarlo válido, pero resultarán ilegales las cláusulas convencionales que establezcan la obligatoriedad de los reconocimientos médicos en todo caso o que vayan más allá de las excepciones que la ley contempla.

Quinta.- La legislación contempla amplias excepciones al carácter voluntario, pudiendo obligar al trabajador a someterse a reconocimientos: cuando resulte imprescindible la evaluación de los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; en supuestos de peligro para el propio trabajador, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa; o en supuestos de obligatoriedad legal si queda total y perfectamente demostrada su excepcionalidad. Pero el Tribunal Constitucional señala que estas excepciones deben interpretarse de forma restrictiva y siempre y cuando concurren unos requisitos que justificarían el alejamiento sobre la regla general de la voluntariedad.

Sexta.- El empresario debe respetar la intimidad del trabajador y esta garantía abarca tanto el respeto corporal a través de la realización de aquellas pruebas menos ofensivas, como la exclusión del conocimiento de terceros sobre aquellos datos propios de la esfera privada, debiendo, por tanto, llevar a cabo aquellos exámenes que causen las menores molestias y que sean proporcionales. Además se deben realizar los exámenes médicos de forma que se respete la información relacionada con el estado de salud, es decir, la confidencialidad de estos pudiendo conocer los resultados las personas que hayan realizado las pruebas y el propio trabajador sometido, pero teniendo el empresario solo derecho al conocimiento de las conclusiones, no pudiendo ser usados estos datos con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

Séptima.- Los reconocimientos médicos se deberán ir sucediendo en el tiempo, normalmente dentro del ámbito temporal de la relación laboral, aunque se puede extender más allá por decisión del legislador en determinadas circunstancias, debiendo,

en todo caso, el trabajador conocer cuándo va a ser sometido a un examen médico. Los distintos momentos en los que se va a proceder a la realización de un examen médico van a ser: reconocimientos previos a la contratación, los inmediatamente posteriores a la contratación, por modificación de tareas, los periódicos, tras ausencias prolongadas y los realizados con posterioridad a la finalización del trabajo.

Octava.- En fin, lo que se busca con esta regulación es un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales de los trabajadores y la protección de la salud laboral como deber empresarial en aras a evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y cuándo debe ceder uno u otro dependiendo del caso concreto en el que nos encontremos.

XVI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DOMINGUEZ, A. y RUBIO SANCHEZ, F.: *El derecho de los trabajadores a la intimidad*, Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006.
- AGRA VIFORCOS, B.: *La seguridad y salud en el trabajo*. León, EOLAS, 2013.
- BALLESTER PASTOR, M^a. A.: *La vigilancia de la salud laboral*, social mes a mes, núm. 116, 2006.
- CAVAS MARTINEZ, F.: *Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador*, Pamplona, Aranzadi Social número 19/2004.
- ELENA GARCÍA, J.A.: *La vigilancia de la salud y la aptitud laboral*, Madrid 2014, Vol. 60, Supl.11.
- FERNANDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. León, EOLAS, 2009.
- GARCÍA NINET, I.: *Manuel de Prevención de Riesgos Laborales*, Atelier, Barcelona, 2002.
- GOMEZ CABALLERO, P.: *Vigilancia y control del estado de salud y respeto al derecho a la intimidad del trabajador*, RL, núm.21, 2005.
- JAUREGI APELLANIZ, J.J.: *Vigilancia de la salud. Precisiones y acotaciones en torno a su voluntariedad y otras consideraciones de interés*, Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 38, 2014.
- LUQUE M. y SANCHEZ E.: *Comentario práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, UGT Catalunya, 2008.
- MARTINEZ FONS, D.: *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- PEDROSA ALQUEZAR, I.: *Vigilancia de la salud de los trabajadores. Aspectos clínicos y jurídicos de los reconocimientos médicos en el trabajo*, Madrid, 1999.
- PEDROSA ALQUEZAR, S. I.: *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, Madrid, CES, 2005.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, 2015.
- ROMERO RODENAS, M^a. J.: *SIDA y toxicomanías. Una análisis jurídico laboral y de la seguridad social*, Madrid, IBIDEM, 1995.

- SALCEDO BELTRAN, M^a. C.: *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- SANCHEZ CARO, J. y ABELLAN, F.: *Telemedicina y protección de datos sanitarios. Aspectos legales y éticos*, Granada, Comares, 2002.
- SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: *La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 54, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCIA BLASCO, J.; GONZALEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el Trabajo*, 3^a Ed., Madrid, CIVITAS, 2001.
- TALÉNS VISCONTI, E.E: *La vigilancia de la salud del trabajador y el respeto a su intimidad en el supuesto de consumo de drogas*, Valencia, 2013.
- TASCÓN LOPEZ, R.: *El tratamiento por la empresa de datos personales de los trabajadores. Análisis del estado de la cuestión*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- TASCÓN LOPEZ, R.: *Sobre la ejecución procesal de las obligaciones derivadas de la legislación sobre protección de datos personales; en este caso, eliminar los datos relativos a los diagnósticos médicos de los trabajadores de un archivo empresarial sobre absentismo con baja médica*, Revista española de Protección de Datos, núm. 2, 2007.
- “<http://www.medicosypacientes.com/articulo/dra-maria-castellano-andreas-lubitz>”.