

INTIMIDAD, PRUEBAS MÉDICAS Y CONVENIO ¿«CADUCADO»? EL RIESGO A TERCEROS ¿«EXCEPCIÓN GENERAL» A SU VOLUNTARIEDAD?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a,
de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014](#)

Emilio M. Soriano Arroquia

Abogado. Madrid

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

... la interpretación es, en resumen, el resultado de su resultado: los medios de interpretación... son escogidos cuando el resultado ya está asegurado.

G. Radbruch

Las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a pensar lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos.

Karl Llewellyn

1. MARCO NORMATIVO: LA *RATIO LEGIS*, CUERPO LEGISLATIVO Y GRUPO NORMATIVO

En desarrollo del genérico artículo 14 de la [Directiva 89/391/CEE](#) –que reconoce la vigilancia de la salud como un instrumento al servicio de la seguridad y salud de los trabajadores, para lo que el empresario deberá adoptar las medidas adecuadas a tal fin, entre las que están también los reconocimientos médicos periódicos, siempre que cuente con el consentimiento por parte del trabajador–, el artículo 22.1 de la [Ley de Prevención de Riesgos Laborales](#) (LPRL) establece básicamente cuatro reglas:

- a) Un *deber general del empresario*. Está obligado a garantizar un servicio de vigilancia del estado de salud de los trabajadores –art.14.2 LPRL–, realizado de forma

periódica –regular– y en atención a los riesgos inherentes al trabajo –específico, no genérico–.

- b) *Una regla general prohibitiva.* Esa vigilancia de la salud deberá contar, necesariamente, con el consentimiento del trabajador (principio de voluntariedad).
- c) *Una tríada de excepciones a la regla general de la voluntariedad.* Las pruebas podrán ser obligatorias «solo» en tres supuestos, exigiendo siempre informe –previo, pero no vinculante– de la representación laboral cuando resultan imprescindibles para:
 - Evaluar los efectos de las condiciones laborales sobre la salud del trabajador.
 - Verificar si tal estado de salud puede constituir un peligro para sí mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.
 - Cumplir con el mandato legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.
- d) *Limite al modo de realizar los reconocimientos:* principio de proporcionalidad y respeto a la dignidad del trabajador. En todo caso, esas pruebas deberán hacerse siguiendo el test de proporcionalidad –idóneo, necesario y con el menor perjuicio personal posible–, y el de respeto a sus derechos personales *ex* artículos 10.1 y 18.1 de la Constitución Española (CE) –esta exigencia no está explicitada en el texto, pero sí implícito en él, en virtud de la fuerza directa de la norma constitucional y de la exigencia general del art. 4 2 e) del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET)–.

Finalmente, hay que recordar que, en virtud del artículo 2.2 de la LPRL, las disposiciones de carácter laboral –recuérdese que hay otras «jurídico-técnicas» (propias o típicas de la seguridad industrial, también de medio ambiente)– contenidas en ese cuerpo legislativo –y en su desarrollo reglamentario (RD 843/2011, 17 de junio), relativo a la organización de los recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los Servicios de Prevención, modificado por el RD 901/2015, de 9 de octubre, sobre el que dimos somera cuenta en el [Editorial](#)– tendrán, «en todo caso», carácter de «*derecho necesario mínimo indisponible*». Eso significa, pues, que se trata de una típica norma laboral de mejora concesiva, de manera que los convenios podrán introducir más garantías para los trabajadores, incluso mayor precisión de las reglas, general y excepcionales, pero nunca ampliar la disponibilidad de los trabajadores ante tales pruebas.

2. SUPUESTO DE HECHO: SÍNTESIS DEL CASO CONCRETO

La empresa TRAGSA (Transformaciones Agrarias, SA) tiene, entre sus actividades, la de prevenir y extinguir incendios, así como otras emergencias en el territorio de la Comunidad Valenciana. Sus relaciones se regían –en el tiempo del conflicto– por el [V Convenio Colectivo](#) de ámbito autonómico en el que se regulan las llamadas «brigadas rurales de emergencia» –hoy,

tras una intensa conflictividad, ya está en vigor el VI (DOCV, 29 de enero de 2015, págs. 2.567 y ss.). El artículo 27 del V Convenio Colectivo –en ultraactividad hasta el 31 de diciembre de 2012– regula el par «Vigilancia de la Salud y aptitud para el trabajo».

En él se prevén cinco supuestos en los que es obligatorio para los adscritos a aquel servicio un reconocimiento médico anual –además de pruebas de aptitud física–, a fin de hacer efectiva la vigilancia de la salud y determinar la aptitud para el trabajo de estos, conforme a los criterios fijados. Los reconocimientos médicos se realizan con la Mutua. La no superación del reconocimiento médico conlleva, si el trabajador no puede probar su aptitud –tiene la carga de acreditarla mediante certificado médico público–, el cese, salvo que se trate de brigadistas indefinidos y a tiempo completo, para los que la decisión «en orden a su situación laboral» queda a la emisión del correspondiente informe médico del Servicio Valenciano de Salud. En mayo de 2013, el comité de empresa emitió informe desfavorable sobre el carácter obligatorio de tales reconocimientos médicos, pero estos se vienen haciendo, a raíz de un acuerdo laboral, desde 1998, para todos los trabajadores de TRAGSA dedicados a la extinción de incendios. En esencia consisten en analíticas de sangre y orina, capacidad aeróbica, agudeza visual y audiometrías, electrocardiogramas y determinación de la masa corporal.

El sindicato más crítico con ese convenio –veremos que no firmó el VI– demandó, en un proceso de conflicto colectivo –afectaba a los 700 trabajadores de la empresa que conforman la plantilla de la empresa en la Comunidad Valenciana–, que se declarara como no ajustado a derecho esa práctica empresarial de hacer reconocimientos médicos obligatorios y, por tanto, pretendiendo que no se condicione la continuidad en el servicio a su superación. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de febrero de 2014, Auto n.º 61/2013, desestimó la demanda. Contra esta sentencia se interpuso un recurso de casación ordinaria, al amparo del artículo 207 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social](#), tanto de su letra d) –error en la apreciación de la prueba– como e) –infracción arts. 18.1 CE y 22.1 LPRL–.

3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: BREVIARIO DEL RAZONAMIENTO PARA EL FALLO

La [Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014](#), desestima el recurso de casación ordinaria –sin duda el antecedente 5 contiene un lapsus y dice que se preparó «recurso para la unificación de doctrina», lo que es erróneo a todas luces–, confirmando, por tanto, la doctrina de instancia. Para la sala de casación, la práctica empresarial de realizar pruebas médicas obligatorias en tales casos es plenamente lícita. Para sostener este fallo razona del siguiente modo:

1. La práctica empresarial enjuiciada respeta el *principio de legalidad de la excepción*. A su juicio, el fundamento de la misma no es el convenio –por eso sería irrelevante que estuviera o no vigente el convenio colectivo en ese tiempo–, pues tiene

prohibido el incremento de los supuestos excepcionales. Su justificación es directamente *ex lege*.

2. También encuentra cobertura en el *principio de causalidad suficiente*. Reafirmada la regla general de voluntariedad, y prohibido al convenio aumentar las excepciones, la sala entiende que el conjunto de supuestos *ex* artículo 27 del **V Convenio Colectivo** encajarían perfectamente en el segundo tipo de excepciones previstas por el artículo 22.1 del **ET**: el desconocimiento del estado de salud de los brigadistas pondría en peligro cierto objetivable tanto a sus compañeros como a las terceras personas potencialmente afectadas por su actividad –ciudadanía en riesgo de emergencia por incendio–.
3. Supera el principio de *proporcionalidad del sacrificio del derecho personal*. La actividad es «compleja y arriesgada», lo que exigiría una especial «capacidad física y psicológica», dado que se desarrolla en zonas accidentadas y en condiciones ambientales difíciles –altísimas temperaturas, emisiones de humo; o, al contrario, bajísimas temperaturas y necesidad de auxilio inmediato a personas en situaciones complicadas–. Por lo tanto, la detección precoz de eventuales patologías a través de pruebas médicas no solo sería idónea para ese fin –primer escalón del juicio de proporcionalidad–, sino necesaria para evitar la posibilidad de que en medio de un rescate tengan que ser los rescatadores los rescatados, haciendo surgir un riesgo grave, que podría resultar fatal, para la eficacia del servicio –segundo escalón–. La eficacia de la medida tendría el aval del escaso número de siniestros profesionales –lo que no evidencia desmesura, sino eficacia–, al tiempo que su razonabilidad –tercer test del juicio de proporcionalidad– derivaría de su realización sin contestación significativa desde 1998.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DE LA NORMA- JUSTICIA PARA EL CASO CONCRETO: JUICIO DE PREVISIBILIDAD DEL SENTIDO DE FUTUROS FALLOS

Cierto, esta sentencia no ha pasado desapercibida en los medios de comunicación, ni en las redes sociales, pues ha merecido brevísimas referencias. Pero no ha tenido, en cambio, el relieve que realmente ameritaría –incluso ha sido ignorada por blogs especializados, salvo error u omisión por mi parte– su discutible y, en todo caso, contradictoria doctrina. En efecto, por lo que se razonará de inmediato, la sentencia adolece de una cierta tautología –no ya solo por la excesiva circularidad de su razonamiento–, incluso incurre en una suerte de falacia tipo *«petitio principii»* («petición de principio» o «prueba el punto inicial»). Bien analizada, pretende probar el carácter general de la regla de voluntariedad de los reconocimientos médicos, y el carácter de excepción de los supuestos de obligatoriedad, cuando no solo viene así ya en la ley –regla prohibitiva–, sino que termina reconociendo que las excepciones están formuladas tan ampliamente y su interpretación es tan abierta que mutan en «regla general».

No es esta la única sorpresa que guarda tan sugerente doctrina jurisprudencial, de una impecable factura pedagógica, pero que abre notabilísimos interrogantes para la seguridad de los operadores jurídicos, también para los trabajadores y sus representantes. Aunque no es la *ratio decidendi*, es reseñable que incluye un *obiter dicta* sobre la vigencia del [V Convenio Colectivo](#) que mueve a una cierta perplejidad, si se atiende a la doctrina jurisprudencial afirmada en la materia. En consecuencia, tres son los aspectos que merecen una básica reseña crítica, uno principal (el alcance de la regla de la voluntariedad de los reconocimientos médicos) y dos tangenciales (la eficacia de las cláusulas de ultraactividad indefinida pre-reforma laboral y la presión que esta realiza para su eliminación en los convenios firmados pos-reforma, de un lado; el impacto de la prohibición a las Mutuas de actuar como Servicio de Prevención Ajeno, de otro). Veámoslo.

a) La voluntariedad de los reconocimientos, ¿regla general (formal) o excepción (real)?

Como se anticipaba, la sentencia despliega un formidable discurso argumentativo para convencernos de que la obligatoriedad de los reconocimientos médicos es la excepción legal, y su voluntariedad la regla general. Para eso lleva a cabo un preciso y exhaustivo –algo extenso– análisis de todas las fuentes, legales –marco comunitario ([Directiva marco](#)) y nacionales (art. 22 LPRL; art. 9.2 [Ley 41/2002, 14 de noviembre](#), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica)–, así como jurisprudenciales, constitucional (particularmente el axial precedente de la [STCO 196/2004, 15 de noviembre](#)) y ordinaria (precedente de la [STS 28 de diciembre de 2006, rec. núm. 140/2005](#)). El fundamento sería la posición prevalente del derecho fundamental de autodeterminación del cuerpo *ex* artículo 18.1 de la [CE](#), de manera que tanto por su posición prevalente en el ordenamiento cuanto por la propia estructura lógica del artículo 22.1 de la LPRL –regla prohibitiva–, habría que conducirse por una «interpretación restrictiva» (*«favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda»*).

Sin embargo, sorprendentemente, como también se anunciaba *ut supra*, termina invirtiendo los términos de ese viejo –quizás obsoleto– código binario regla general / excepción particular, proponiendo lo contrario. En primer lugar, y en el plano de su valor de doctrina general, como corresponde a la casación, la sentencia acoge la posición de su precedente:

«En realidad, se trata de tres excepciones concebidas de forma tan amplia que, en la práctica anulan... el requisito general de que el trabajador presta consentimiento, de modo que la excepción se convierte en norma general, siempre, naturalmente que la medida no se acuerde fraudulentamente –a lo que, en principio, es contrario una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo– y se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud...» –[STS de 28 de diciembre de 2006](#), cit.; FJ tercero–.

La doctrina jurisprudencial que comentamos no solo no se aparta de ella, sino que la reafirma, sembrando mayores dudas incluso, pasando de la tautología a la contradicción, pues reconoce: «*ya explicitamos que cuando operan estas excepciones la obligatoriedad se convierte en norma general...*» –FJ quinto.2, letra C)–. Pero, entonces ¿en qué quedamos, son reglas o son excepciones? La contradicción, cuando menos aparente, lógica, podría salvarse apelando a la referida regla hermenéutica de la interpretación restrictiva de la regla excepcional, pero, de nuevo sorprendentemente para la coherencia del razonamiento general seguido, propone una lectura expansiva, cuando desciende a la aplicación de la doctrina general al caso concreto.

De ahí que, en segundo lugar, cuando se lleva a cabo la ponderación de intereses –y de derechos– en que consiste el referido control de proporcionalidad, se dé preferencia al interés de la imposición del control médico sobre el de la libre determinación del sujeto, apelando a un concepto tan genérico como el «riesgo a terceros». Cierto, tratándose de un supuesto legal muy abierto, que está presente en toda actividad que se haga para la atención de personas, e incluso del trabajo en equipo –pues también lo puede ser para los compañeros–, era esperable una interpretación restrictiva. Precisamente, era lo que le pedía la demanda, de modo que se centrara en funciones para las que sea inherente la seguridad –conductores, pilotos...– y no ya todas aquellas actividades cuyas condiciones de trabajo generen riesgos para otro en función de las eventuales patologías que el compañero, o prestador de servicios, pudiera tener, y que, de aparecer, debería merecer un tratamiento protector –cambio de puesto, baja transitoria...–. Así lo exigiría tanto el segundo escalón –necesidad– como sobre todo el tercero –menor sacrificio posible del derecho personal, el prevalente teóricamente–. Pero, la sentencia, haciendo buena la doctrina generalizadora, hace esa lectura expansiva. Consecuentemente, se abre un grave interrogante sobre cuál será el sentido de los fallos posteriores.

Para finalizar, es particularmente oportuno poner de relieve que ciertas organizaciones empresariales –como la Confederación Empresarial de la Provincia de Alicante (COEPA)⁴, que forma parte de la CEOE– han pedido una reforma de esta regulación para, precisamente, llevar más allá la obligatoriedad legal de los controles médicos, una vez se ha demostrado la eficacia preventiva de la vigilancia de la salud precoz. Una eficacia que mermaría –se dice– si queda al páiro de lo que cada trabajador decida –está estadísticamente constatado que en torno a la mitad de los trabajadores rechazan esas pruebas–. Sin embargo, se esgrime –no sin razón–, que con tal solución basada en la libre determinación individual, se perdería de vista que en juego no está el predominio del interés empresarial frente al del trabajador, sino la eficacia del deber de protección del empresario en aras de un bien jurídico superior: la salud de las personas. Y ello, claro está, sin perjuicio de mantener redobladas las garantías de reserva sobre tales datos.

En cualquier caso, tanto la sentencia del Tribunal Supremo como este sector de opinión empresarial parecen haber tenido influencia en la continuidad de la práctica. El artículo 27 del VI

⁴ <http://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2015/06/30/patronal-quiere-que-reconocimientos-medicos-sean-obligatorios>

Convenio Colectivo recoge, a este fin, la misma regulación que el precedente. Por cierto, y sirve para traer a colación una de las dos cuestiones tangenciales arriba enunciadas, se prevé que los reconocimientos médicos sean hechos ya no por la Mutua –**V CC**– sino por un Servicio de Prevención Ajeno. Los nuevos tiempos, como evocábamos en el **Editorial** de este número, también se dejan sentir en este sector.

b) ¿Estaba en vigor o no el convenio colectivo que incorporaba una cláusula de ultraactividad indefinida?

La sentencia orilla la cuestión porque concluye, como se dijo, que daba igual cuál fuese la respuesta al interrogante sobre la vigencia o no del artículo 27 del **V Convenio Colectivo**, porque no es ese precepto el relevante, cualquiera que fuese su contenido, sino el artículo 22 de la **LPRL**: el convenio colectivo no es una fuente hábil para generar reconocimientos médicos obligatorios en supuestos diversos de los contemplados en la ley. La demanda quiso llamar la atención del Tribunal Supremo –curiosamente, por ser el sindicato– para que recalara en que el convenio ya había perdido vigencia, al vencer su tiempo de ultraactividad y siendo de denuncia automática. El Alto Tribunal trae a colación el artículo 4 del **V Convenio Colectivo**, que tiene una clara –aunque redactada con un término pomposo en derecho– cláusula de ultraactividad indefinida –*«quedará prorrogado como **derecho positivo** en tanto no se negocie otro Convenio que lo sustituya»*–. Al respecto, recuerda brevemente que tal cláusula plantea algún problema de vigencia atendiendo al artículo 86.3 del **ET**, en la versión reformada, pero, de inmediato, también los ahuyenta remitiendo a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015, rec. núm. 233/2013**, que ya los habría resuelto, aun con voto particular –firmado por el ponente de la sentencia analizada, por cierto–.

Hasta aquí ningún problema. La cuestión inquietante está en que utilice como forma verbal la del condicional: *«tanto si el convenio estuviera vigente cuanto en caso contrario»*. De nuevo nos asaltan las dudas, aunque sea un *obiter dicta*: ¿estaba en vigor o no estaba en vigor el convenio, aunque pudiera dar igual la respuesta –formalmente, porque realmente tampoco es así, como *ut supra* se ha visto, dado que el convenio concreta «alegremente» el texto legal, ya de por sí muy generoso, y eso supone una presunción de legitimidad para la jurisprudencia– para el caso concreto? La duda no es meramente especulativa, sino estrictamente práctica. De un lado, aunque la doctrina que da validez a esos pactos se ha ratificado posteriormente –**SSTS de 2 de julio de 2015, RCU 1699/2014** y **de 7 de julio de 2015, rec. núm. 193/2014**–, convirtiéndose en criterio unificado, lo cierto es que se extiende, cual «reguero de pólvora», la crítica jurídica interna, pues si primero fue un magistrado discrepante, ahora ya son cuatro. De otro, también la «duda», aún velada, parece haber hecho mella, pues el nuevo artículo 4 del **VI Convenio Colectivo** ya no recoge esa cláusula de ultraactividad indefinida, sino solo temporal; de ahí que, entre otras cosas, no lo firmara un sindicato. La reforma laboral sigue haciendo camino.