



Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

Juan Gómez Arbós

Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Este trabajo ha sido finalista del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

La vigilancia de la salud es un elemento básico de la organización preventiva. Está directamente relacionada con la evaluación de riesgos y, sobre todo, con la adopción de medidas que previenen el riesgo real y efectivo. La detección temprana en determinados casos evita de manera directa accidentes, pero todo ello se encuentra sujeto a los principios constitucionales, que determinan los límites que pueden alcanzar dichos reconocimientos y garantizan a la persona trabajadora una atención adecuada y proporcional.

Palabras clave: vigilancia de la salud; reconocimientos médicos; Ley de prevención de riesgos laborales; personas trabajadoras especialmente sensibles; adicciones.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 09-09-2020 / Fecha de revisión: 26-11-2020

Cómo citar: Gómez Arbós, Juan. (2020). Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 65-102.



Scope and responsibilities of health surveillance in the field of occupational risk prevention

Juan Gómez Arbós

Abstract

Health surveillance is a basic element of preventive organization. It is directly related to risk assessment above all with the adoption of measures that prevent real and effective risk. Early detection in certain cases, it directly avoids accidents, but all of this is subject to constitutional principles, which determine the limits that these recognitions can achieve, and guarantee the worker adequate and proportional care.

Keywords: health surveillance; occupational risks; medical check-ups; fundamental rights; addictions; risk prevention; responsibilities.

Citation: Gómez Arbós, Juan. (2020). Scope and responsibilities of health surveillance in the field of occupational risk prevention. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 65-102.





Sumario

1. La vigilancia de la salud
 2. Elementos básicos del reconocimiento médico
 3. El carácter obligatorio del reconocimiento médico. El laberinto de las pruebas diagnósticas y la COVID-19
 4. Los convenios colectivos y los reconocimientos médicos
 5. La participación de la representación de las personas trabajadoras
 6. Adicciones y reconocimientos médicos
 7. El establecimiento de medios de intercambio de datos sanitarios como medida de gestión de los reconocimientos médicos
 8. La protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles y la vigilancia de la salud
 9. Responsabilidades derivadas de la falta de vigilancia de la salud
- Referencias bibliográficas

1. La vigilancia de la salud

Uno de los aspectos que determinan en cierta medida la efectividad de las medidas preventivas son los reconocimientos médicos (Fernández-Costales Muñiz, 2009; Gómez Mur, 2010; González Díaz, 2011; Navarro Nieto, 2012; Pedrosa Alquézar, 2005, p. 106; Serrano García, 2010; Toscani Giménez, 2012). El Convenio 155 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, y su Protocolo de 2002, así como la guía de la OIT sobre Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo de 2009, sirven de referencia para el desarrollo de políticas y programas de seguridad y salud en el trabajo sobre la base de la filosofía de prevención y protección de la OIT que se desprende del mandato de la organización en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Además, en el ámbito de la Organización Mundial de la Salud (OMS), debemos tener en cuenta el Reglamento sanitario internacional de 2005 (RSI) que entró en vigor el 15 de junio de 2007. La Directiva 89/391/CE, de 12 de junio, Directiva Marco de seguridad y salud en el trabajo, establece las bases que deben aplicarse en los países la Unión Europea (UE). En España tienen su reflejo tanto en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (LGSP), como en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) y en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención. El estudio referido a la realización de los reconocimientos médicos además exige el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), que requiere que exista una justificación y que se pruebe su indispensabilidad. El artículo 14 de la LPRL contempla el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y el correlativo deber de la empresa de procurarles dicha protección frente a los riesgos laborales. En cumplimiento de este deber, la empresa habrá de garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras a su servicio. La vigilancia de la salud de las personas trabajadoras se concreta fundamentalmente en los denominados «reconocimientos médicos», cuyo objeto es detectar cualquier enfermedad que sufra o pueda sufrir la persona trabajadora como consecuencia de la realización de su trabajo, desvelando si las medidas de prevención que se están adoptando o que se prevé adoptar son las adecuadas para eliminar o reducir los riesgos para su salud. El origen del deber contemplado y regulado en el artículo 22 de la LPRL¹ se encuentra en el

¹ El artículo 22.1 de la LPRL señala como regla general que los reconocimientos médicos solo podrán llevarse a cabo cuando la persona trabajadora preste su consentimiento, de modo que el deber de la empresa de vigilar la salud de la persona empleada se cumple siempre que se ofrezcan los reconocimientos médicos adecuados y se practiquen en la medida que así lo quieran las personas trabajadoras.

artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE, que subraya el ya mencionado carácter específico y finalista de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras atendiendo a los riesgos laborales a que están sometidas. Introduce el principio de voluntariedad como un derecho subjetivo del que disfrutan. Además, contempla la periodicidad de estos exámenes de salud, que han de realizarse a intervalos regulares. En cualquier caso, debemos distinguir entre reconocimientos médicos voluntarios y reconocimientos médicos obligatorios. Si bien el marco de confidencialidad y proporcionalidad ampara ambos supuestos, la determinación de los mismos, además de amparada por una norma de referencia, deberá tener en cuenta los riesgos para la persona trabajadora y para terceras personas que pueda suponer la ausencia de reconocimiento médico obligatorio.

2. Elementos básicos del reconocimiento médico

El reconocimiento médico, como elemento de salud, es de carácter voluntario (Martínez Fons, 2004). Es necesario que se realice con autorización de la persona trabajadora; para ello, el TC establece que sea previo, exteriorizado (bien de forma escrita, de forma verbal o mediante actos concluyentes), informado y pleno. El consentimiento (Sentencia del TC –STC– 196/2004) debe mostrar la voluntad real de someterse a las pruebas médicas. Debe constar igualmente, para poder acreditar que se ha cumplido con la obligación prevista en el artículo 22 de la LPRL, que se ha ofrecido a la persona trabajadora, que esta ha tenido la posibilidad de realizarlo y, en caso de que no haya optado por hacer efectivo ese derecho, es recomendable que se dé constancia de la negativa del mismo a su realización². Los reconocimientos nunca deben suponer una carga, coste o consecuencia negativa y perjudicial para la persona trabajadora, por lo que generalmente deben realizarse dentro de la jornada laboral y, cuando se realicen fuera de ella, el tiempo invertido deberá ser tenido en cuenta como tiempo efectivo de trabajo y, por tanto, compensable (Sentencia de la Audiencia Nacional 26/2020, de 2 de marzo). El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, 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 (RGPD), contempla una serie de derechos que deben tenerse en cuenta en el ámbito de los reconocimientos médicos, entre otros el derecho de oposición (art. 21 RGPD), derecho de rectificación (arts. 16 RGPD y 14 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPDGDD–), derecho de supresión –«derecho al olvido»– (art. 17 RGPD), portabilidad de los datos (art. 20 RGPD) o derecho a la limitación en el tratamiento de los datos (art. 18 RGPD) (Alegre Nueno, 2019, pp. 2-3).

² La nota técnica de prevención (NTP) 959 indica que:

[...] no es necesario obligar al trabajador a firmar la negativa a realizar el examen médico ya que puede considerarse una coacción de libertad [...]. Sí es aconsejable pedir la firma o acuse de recibo del ofrecimiento de vigilancia de la salud.

En cualquier caso, la realización de los reconocimientos médicos deberá estar sujeta a unos protocolos médicos, que podrán variar en función de la evaluación de riesgos inicial y sus revisiones realizadas en la empresa, y que, en definitiva, es la que determina qué tipo de pruebas son las más adecuadas en función de riesgos detectados³. El médico del trabajo deberá atender a la misma y realizar, por tanto, el reconocimiento y pruebas diagnósticas que procedan, sin que la falta de protocolo sea excusa para no dar cumplimiento a la obligación legal establecida en el artículo 22 de la LPRL⁴. No se incluirá entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a las personas trabajadoras o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas. En todo caso, toda prueba o exploración deberá acompañarse de la mención explícita del riesgo o problema de salud asociado a la actividad laboral que se pretende examinar. No obstante, el servicio de prevención podrá realizar programas preventivos no relacionados directamente con riesgos laborales cuando estos hayan sido acordados en la negociación colectiva⁵. Igualmente se han admitido los reconocimientos médicos solicitados por terceras empresas a petición de la empleadora, para verificar el estado de enfermedad de la persona trabajadora conforme al artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), siempre a través de personal médico, con carácter voluntario, donde no se exige el parte de baja médica ni se practica tampoco ninguna prueba diagnóstica, no vulnerándose ningún derecho de la persona trabajadora, en tanto se trata de una actuación que está exclusivamente dirigida a verificar su estado de salud como justificación de la inasistencia al trabajo (STS 62/2018, de 25 de enero)⁶. Las medidas de vigilancia y control de la salud de las personas trabajadoras se llevarán a cabo respetando siempre su derecho a la intimidad⁷ y a la dignidad y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Los resultados de la vigilancia referida serán comunicados a las personas trabajadoras afectadas.

³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 18 de mayo de 2011 (rec. 2621/2010) –entiende que existe responsabilidad en el recargo de prestaciones, aunque anualmente en la empresa se llevaban a cabo reconocimientos médicos, sin contener ninguna especificidad relativa a los riesgos de amianto– y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) del País Vasco 383/2019, de 19 de febrero.

⁴ Vid. STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de mayo de 2004 (rec. 377/2002) –se conforma un acta de infracción de la Inspección de Trabajo, indicando que la ausencia de protocolos, que en cualquier caso no se acredita, no exime de la aplicación del art. 22 de la LPRL–.

⁵ Artículo 3 del Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención.

⁶ Aunque la falta de colaboración voluntaria puede derivar en la retirada del complemento de la incapacidad temporal por parte de la empresa y la solicitud al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) del alta de la persona trabajadora.

⁷ Vid. SSTC 159/2009, de 29 de junio; 70/2009, de 23 de marzo; 206/2007, de 24 de septiembre, y 196/2004, de 15 de noviembre; y STSJ de Galicia de 5 de julio de 2019 (rec. 2595/2019). No se produce violación del derecho a la intimidad en caso de que el reconocimiento sea obligatorio: STSJ de Cataluña 4308/2019, de 19 de septiembre (rec. 2775/2019).

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 las personas trabajadoras, sin que pueda facilitarse a la empleadora o a otras personas sin consentimiento expreso de la persona trabajadora, prohibiéndose la transmisión de la información médica obtenida al amparo de lo dispuesto en la ley a cualquier tercera persona distinta del personal médico⁸. No obstante lo anterior, el titular de la empresa y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud de la persona trabajadora para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva. En el caso de los delegados/as de prevención, atendiendo al artículo 36.2 de la LPRL, será posible acceder a los datos personales relativos a los daños causados a la salud de las personas trabajadoras garantizando el respeto de la confidencialidad. Según señala la AEPD (Informe de 7 de enero de 2009), no deberá hacerse extensiva a todo el historial médico que se derive de su asistencia por accidente o enfermedad con motivo del trabajo.

En cuanto a situaciones derivadas de cuestiones de sanidad y seguridad pública, no relacionadas directamente con la actividad laboral, como ocurrió en el caso de la gripe A o con los supuestos de COVID-19 (Informe AEPD 17/2020), el RGPD ya reconoce que, en situaciones excepcionales, como una epidemia, la base jurídica de los tratamientos puede ser múltiple, basada tanto en el interés público como en el interés vital de la persona interesada u otra persona física. La obligación que corresponde a cada persona trabajadora de 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 otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de la empresa, se concreta en que deberán informar de inmediato a la persona que ostente directamente el puesto jerárquicamente superior y a las personas trabajadoras designadas para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud. En el ámbito de la situación derivada de la COVID-19, ello supone que la persona trabajadora deberá informar a su empleadora en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de las demás personas trabajadoras del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas. La empleadora deberá tratar dichos datos conforme al RGPD. En relación con la posibilidad de que se ponga en conocimiento por parte del servicio de prevención al titular de la empresa sobre el listado de personas trabajadoras afectadas, de nuevo la AEPD se manifestó, en el caso de la gripe A, de manera contraria a dicha comunicación (Informe de 1 de enero de

⁸ En este sentido se ha manifestado la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en Informe de 1 de enero de 2009.

2009), señalando que, para comunicar cualquier información médica a la persona cliente, deberá obtenerse consentimiento expreso de las personas afectadas o analizar si la LPRL permite otorgar dicha información. Lo único que se puede comunicar es si la persona trabajadora es apta para el desempeño del trabajo. Cuestión distinta es que, para prevenir la propagación de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y dar una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública, las autoridades responsables, dentro de su respectiva jurisdicción, adopten la aplicación de medidas sanitarias de conformidad con el RSI y la LGSP, así como la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Teniendo la ciudadanía la obligación de comunicar a la autoridad sanitaria hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población, que velará por la protección debida a los datos de carácter personal (arts. 8 y 9 LGSP). Igualmente, la LPRL establece en su artículo 29.4 y 5 la obligación de colaboración de la persona trabajadora, debiendo comunicar a la empresa aquellas cuestiones que puedan afectar a su seguridad o a la de terceras personas y contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud en el trabajo⁹. En su caso, las medidas de salud pública podrían derivar en medidas cautelares como el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, o en la determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias (art. 54 LGSP). Por tanto, no cabe la obligación de comunicar a la empresa o al servicio de prevención la situación de salud de la persona trabajadora, que podrá realizarse de manera voluntaria. Sí cabe la obligación de que se comunique a la autoridad sanitaria, siendo esta la competente para adoptar las medidas que estime oportunas, con el fin de garantizar la salud pública. En cualquier caso, los datos relativos a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras no podrán ser usados con fines discriminatorios¹⁰ ni en perjuicio de la persona trabajadora. Las situaciones derivadas de esta cuestión se encuentran referidas a la condición de aptitud (y se califican como aptitud con limitaciones, restricciones, adaptaciones) o de no aptitud. La declaración de no apto implica la consideración de que la persona trabajadora no puede desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo¹¹, la ineptitud debe ser probada por la empresa, debe ser permanente y no meramente circunstancial, imputable a la persona trabajadora y no achacable a defectuosos medios de trabajo, verdadera y no disimulada, referida al conjunto o, por lo menos, a la principal de las tareas encomendadas, de suficiente entidad y, sobre todo, independiente de la voluntad, no debida a un actuar deliberado y consciente de la persona. La mera calificación del servicio de prevención como «no apto» no es causa que por sí misma justifique la extinción de la

⁹ Esto mismo lo recuerda el Informe AEPD 7/2020.

¹⁰ Vid. STSJ de Galicia de 16 de enero de 2017 (rec. 3940/2016).

¹¹ Vid. SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 23 de febrero de 2012 (rec. 111/2012) y Madrid 497/2016, de 11 de julio.

relación laboral al amparo del artículo 52 a) del ET, porque el puesto de trabajo puede implicar serios problemas de salud o los problemas de salud impedir la realización de las tareas propias del puesto. Tampoco supone el reconocimiento de una incapacidad profesional. Por ello, la empresa debe proceder a su separación del puesto de trabajo en dichas condiciones y a la adaptación del puesto de trabajo, sin que pueda considerarse modificación sustancial de condiciones de trabajo¹². No obstante, esta situación da lugar a que, en caso de duda, haya personas trabajadoras que opten por no someterse a los reconocimientos ante el riesgo de perder el puesto de trabajo (Núñez González, 2016, p. 119).

3. El carácter obligatorio del reconocimiento médico. El laberinto de las pruebas diagnósticas y la COVID-19

La vigilancia de la salud tiene una clara incidencia en el ámbito de la intimidad personal de las personas trabajadoras, y no solo hay que pensar en la posible afección de la intimidad corporal a raíz de la realización de determinadas pruebas médicas, sino, sobre todo, en que se ponen de manifiesto datos e informaciones relativas a la salud que pertenecen a su esfera de privacidad¹³. Ahora bien, la regla general de la voluntariedad de los reconocimientos presenta ciertas excepciones formuladas por la legislación, en las que la vigilancia de la salud deviene obligatoria previo informe de la representación legal de las personas trabajadoras. Son los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de las personas trabajadoras o para verificar si el estado de salud de estas puede constituir un peligro para las mismas, para las demás personas trabajadoras o para otras relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal¹⁴ en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad¹⁵. Igualmente, el ordenamiento ha previsto una serie de supuestos que deben añadirse al establecimiento de reconocimientos médicos previos como los indicados en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), que señala expresamente en su artículo 243 que todas las empresas que hayan

¹² Vid. STSJ de Madrid 405/2006, de 14 de junio, y STS de 18 de diciembre de 2013 (rec. 2566/2012).

¹³ Vid. SSTC 37/1989, de 15 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 57/1994, de 28 de febrero.

¹⁴ La obligación de someterse a reconocimientos médicos la podemos encontrar en los Reales Decretos 664/1997, de 12 de mayo –agentes biológicos–; 665/1997, de 12 de mayo –agentes cancerígenos–; 396/2006, de 31 de marzo –amianto–; 286/2006, de 10 de marzo –ruido–; 1311/2005, de 4 de noviembre –vibraciones mecánicas–; 783/2001, de 6 de julio –radiaciones ionizantes–; y 1696/2007, de 14 de diciembre –reconocimientos médicos de embarque marítimo–.

Vid. STC 196/2004, de 15 de noviembre –*obiter dicta* entiende que las pruebas obligatorias de alcohol y drogas sí hubieran procedido en caso de que el trabajador hubiera sido un piloto de avión–.

¹⁵ Vid. STSJ del País Vasco 2213/1998, de 4 de junio –establece la responsabilidad por daños y perjuicios derivada del incumplimiento del deber de realizar reconocimientos médicos en trabajos con amianto–.

de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de las personas trabajadoras que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que al efecto apruebe el Ministerio de Trabajo¹⁶. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para la persona trabajadora. Las empresas no podrán contratar personas trabajadoras que en el reconocimiento médico no hayan sido calificadas como aptas para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación de la persona trabajadora en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos. Es decir, no solo establece una obligación previa, además la hace extensiva al periodo y repetición que sean necesarios para la actividad que deba desarrollarse, que puede exigirse además en caso de reincorporación después del alta del INSS, sin que por ello se viole el derecho a la intimidad¹⁷. En cualquier caso, las disposiciones de aplicación y desarrollo determinarán los casos excepcionales en los que, por exigencias de hecho de la contratación laboral, se pueda conceder un plazo para efectuar los reconocimientos inmediatamente después de la iniciación del trabajo. Es el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, el que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y donde se encuentran comprendidas las enfermedades profesionales causadas por agentes químicos, físicos, biológicos, por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados, enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados y, por último, las causadas por agentes carcinogénicos.

La obligatoriedad de los reconocimientos médicos supone que es más importante proteger el derecho a la salud que la libertad de decidir si se protege o no. La salud de la persona trabajadora ha de quedar salvaguardada por encima de su propia decisión, convirtiendo el derecho a los reconocimientos médicos en un deber¹⁸. Tan solo queda

¹⁶ Vid. STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 73/2002, de 23 de enero –confirma acta de infracción por no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar a los afectados el resultado de los mismos. Ninguno de los trabajadores contratados fue sometido a reconocimiento médico previo al comienzo de su actividad cuando este trámite viene impuesto por el artículo 196.1 de la LGSS si se trata de actividades susceptibles de causar enfermedades profesionales–.

¹⁷ Vid. STSJ de Cataluña 4308/2019, de 19 de septiembre –tras reincorporación por alta del INSS, las revisiones médicas son obligatorias en el caso de riesgo de enfermedades profesionales, y en el caso de las excepciones al principio de voluntariedad en enfermedades comunes, especialmente cuando la enfermedad pueda constituir un peligro para el propio trabajador o para terceros. El mero requerimiento de pasar examen médico obligatorio tras 2 años de baja, sin llegar a pasarlo, no constituye violación alguna de su derecho a la intimidad, primando la excepción establecida en función de los riesgos–.

¹⁸ Vid. STC 2/1982, de 29 de enero –no existen derechos ilimitados: todo derecho tiene sus límites, que en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución (CE) por sí misma en algunas

justificada su realización obligatoria cuando resulte imprescindible¹⁹. Por tanto, cuando constituya el único mecanismo posible para determinar si el estado de la persona trabajadora puede suponer un riesgo, atendiendo particularmente a la gravedad del mismo y a la existencia de razones fundadas para presumir su existencia. Meras sospechas o elucubraciones acerca de posibilidades más o menos remotas de que dicho riesgo existiera no justificarían la realización del reconocimiento con carácter obligatorio²⁰, por ello la obligatoriedad no puede imponerse²¹. El carácter obligatorio de este reconocimiento queda justificado por la posibilidad de que se generen riesgos a terceros. La STC 196/2004, de 15 de noviembre, señala que la obligatoriedad no puede imponerse:

[...] si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, se precisa el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues el trabajador es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión. Así pues, los límites legales quedan vinculados, o bien a la certeza de un riesgo en la salud de los trabajadores o terceros, o bien, en determinados sectores a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Esta sentencia justifica la obligatoriedad cuando concurre un riesgo o peligro cierto objetivable. Por ello, para tener una justificación en la obligatoriedad de los reconocimientos

ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales–.

¹⁹ Vid. STSJ de Asturias 4452/2007, de 9 de noviembre –la disposición adoptada por la empresa de someter a todos los trabajadores tras una baja laboral prolongada a un reconocimiento médico podrá o no ser considerada una medida conveniente, pero en el caso abordado, ante la falta de datos probados concretos de significado contrario, no hay razón específica alguna para calificarla de imprescindible, ya que ha de presumirse que el alta médica recibida responde a una valoración especializada sobre la recuperación por el trabajador de su capacidad laboral en condiciones que le permitan afrontar con seguridad para sí, sus compañeros de trabajo y terceros los requerimientos físicos-psíquicos del puesto de trabajo–.

²⁰ Vid. STS de 10 de junio de 2015 (rec. 178/2014).

²¹ Vid. STSJ de Galicia de 5 de julio de 2019 (rec. 2595/2019) –tras alta del INSS, el actor fue sometido al reconocimiento médico siendo considerado apto. La sentencia de instancia desestima la demanda rectora al considerar que la actuación de la empresa no supuso violación del derecho fundamental a la intimidad, al estar el supuesto del actor comprendido en las excepciones previstas en el art. 22 de la LPRL, al estimar que en las condiciones de trabajo del actor concurren determinadas circunstancias que pueden influir en la salud del trabajador y que hacen que el reconocimiento médico resulte necesario, proporcional e idóneo, no existiendo otra alternativa para verificar su estado de salud. El TSJ desestima la sentencia de instancia y señala que la obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquel es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión–.

médicos debemos identificar el riesgo²². El TS ha entendido en los supuestos de brigadas de extinción de incendios, personal de vigilancia²³ y puestos de conducción, así como trabajos en altura, la necesidad de avalar el establecimiento de reconocimientos médicos obligatorios. Indica que hemos de partir de que la detección de enfermedades que conviertan en inadecuadas las tareas encomendadas evitará que las propias personas trabajadoras puedan tener que ser auxiliadas en situaciones de emergencia, haciendo surgir un riesgo para terceras personas. Para conjurar el riesgo que supone el destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos a esas peligrosas tareas es necesario conocer su estado de salud²⁴.

En el caso del personal de vigilancia²⁵, a la vista de sus funciones, se entiende que la vigilancia de la salud, en su vertiente de instrumento al servicio de la prevención de riesgos laborales, aparece como decisiva para garantizar el derecho a la salud de cuantas personas intervienen en el ámbito de la relación laboral y de las terceras personas que con ellas se relacionan y, en ese sentido, entronca directamente con el artículo 14 de la LPRL que establece el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; derecho al que corresponde el correlativo deber empresarial de protección de las personas empleadas frente a los riesgos laborales, garantizando la seguridad y salud de todas las que estén a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. No cabe duda, por tanto, de que la vigilancia de la salud es, en los supuestos aquí examinados, tanto desde la perspectiva de derecho de la persona trabajadora como desde la perspectiva empresarial, un instrumento al servicio de la prevención de los riesgos laborales que según los casos puede alcanzar una gran importancia y convertirse

²² Vid. STSJ de Castilla-La Mancha 100/2011, de 27 de enero –los trabajadores del centro de trabajo se encuentran expuestos a agentes químicos peligrosos, recogidos en el listado correspondiente como potencialmente causantes de enfermedades profesionales, según resulta de las distintas evaluaciones de riesgos laborales llevadas a cabo, lo que permite concluir que las medidas de vigilancia de la salud que pretende adoptar la empresa se consideren adecuadas para los fines a que se destina de protección de los trabajadores–.

²³ Engloba dicha actividad ejercer la vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión; efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de estos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio. También la ley les asigna la función de evitar la comisión de actos delictivos o infracciones administrativas en relación con el objeto de su protección. Proteger el almacenamiento, recuento, clasificación, transporte y dispensado de dinero, obras de arte y antigüedades, valores y otros objetos valiosos, así como el manipulado de efectivo y demás procesos inherentes a la ejecución de estos servicios. Los escoltas, además, tienen encomendado el acompañamiento, defensa y protección de personas determinadas, o de grupos concretos de personas, impidiendo que sean objeto de agresiones o actos delictivos.

²⁴ Vid. STS de 10 de junio de 2015 (rec. 178/2014).

²⁵ Vid. STS de 7 de marzo de 2018 (rec. 42/2017).

en un pilar básico sobre el que poder construir la actividad preventiva en la empresa. No cabe la renuncia en estos supuestos, ni, por tanto, realizar la actividad si no se dispone del reconocimiento médico preceptivo²⁶, pudiendo dar lugar a la adopción de medidas disciplinarias como el despido²⁷.

En el caso de personas que conducen vehículos (Gómez Arbós, 2013, pp. 103-105) y las que realizan trabajos en altura²⁸, el TS también avala la obligatoriedad de dichos reconocimientos. La STS de 10 de junio de 2015 (rec. 178/2014) incide en que, junto con el interés individual de la persona trabajadora de proteger su propia intimidad, hay otro interés preponderante: el del resto de personas trabajadoras o de terceras personas, cuya integridad física y salud pueden depender de ello. Para conjurar el riesgo que supone el destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos precisos es necesario conocer y comprobar que goza de un adecuado estado de salud. Estos supuestos también se habían examinado en diferentes TSJ para los casos de vigilantes²⁹ y personas conductoras de vehículos, en los que también se ha entendido que el examen médico es absolutamente necesario y presupuesto imprescindible para realizar sus tareas³⁰. También exigen los tribunales que la

²⁶ Vid. STSJ de Madrid 80/2010, de 4 de febrero –parte de la premisa de que los reconocimientos médicos son, con carácter general, voluntarios, pero ello no significa que la persona trabajadora pueda oponerse a los reconocimientos cuando las funciones para las que fue contratada requieren constatar que su estado de salud es compatible con aquellas (en el caso, con la conducción de vehículos a motor). No puede razonablemente sostenerse que la persona trabajadora tiene reconocido un derecho de resistencia a someterse a estos reconocimientos médicos, porque tal reconocimiento no es (en el caso) caprichoso o carente de fundamento, sino absolutamente necesario y presupuesto imprescindible para realizar las tareas para las que fue contratada (conductor). En estos casos se justifica judicialmente incluso el despido disciplinario, *vid.* STSJ de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de mayo de 2004 (rec. 377/2002), donde se conforma un acta de infracción de la Inspección de Trabajo, indicando que la ausencia de protocolos, que en cualquier caso no se acredita, si el reconocimiento es obligatorio no exime de la aplicación del art. 22 de la LPRL. En sentido contrario, *vid.* STSJ de Galicia de 9 de abril de 2019 (rec. 4057/2018), que no aprecia responsabilidad de la empresa en la incapacidad de la persona trabajadora, a pesar de la negativa de la misma durante 4 años a realizarse los reconocimientos médicos, y de la obligación de realizar el mismo establecido en el convenio colectivo. Dada la actividad, silicosis, y la propia obligación establecida en convenio, no cabe que se preste una actividad sin el reconocimiento de la persona trabajadora. Por tanto, debería aplicarse la responsabilidad a la empresa ya que a falta del mismo debía impedir la realización de la actividad–.

²⁷ Se acepta la situación de despido en las SSTSJ de Extremadura de 5 de febrero de 2013; Madrid 80/2010, de 4 de febrero; Andalucía de 12 de mayo de 2008 (rec. 2925/2007). Se aplica la suspensión de empleo y sueldo en la STSJ de Andalucía de 1 de julio de 1998 (rec. 4515/1997).

²⁸ Vid. STS 33/2019, de 21 de enero.

²⁹ Vid. STSJ de Extremadura 44/2013, de 5 de febrero. Un comentario crítico por la escasa fundamentación de la sentencia aplicando una excepción a un derecho fundamental en Carrizosa Prieto (2013).

³⁰ Vid. SSTSJ de Madrid 80/2010, de 4 de febrero, y País Vasco 904/2019, de 14 de mayo –procedimiento para la certificación de aptitud psicofísica del personal que desarrolla su actividad laboral en relación con la circulación ferroviaria, que implica un reconocimiento médico imprescindible y obligatorio: inexistencia de modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino tan solo pequeña modificación

empresa pruebe que la medida del reconocimiento médico es estrictamente indispensable. Esto es, que no exista otra opción menos intrusiva³¹ en la intimidad de la persona trabajadora para satisfacer la política preventiva con igual eficacia. La empresa debe acreditar que no existen otras opciones alternativas con menor impacto. Lo cierto es que, en aplicación de la doctrina del TS, se han ido ampliando las situaciones donde es posible que sea exigible la realización de un reconocimiento médico obligatorio, como en los supuestos de trabajos con barredoras, carretillas, transpaletas, trabajos sometidos a estrés térmico, como el de cámaras frigoríficas, o trabajos en espacios confinados³².

• El laberinto de las pruebas diagnósticas y la COVID-19

Las propuestas de utilización de los test rápidos diagnósticos de detección de anticuerpos (PCR), test rápidos de antígeno, que son pruebas de diagnóstico rápido, los test serológicos que no detectan el virus, y la toma de temperatura generan dudas de si pueden establecerse de manera obligatoria como pruebas diagnósticas de la vigilancia de la salud. Conforme a lo establecido por el Ministerio de Sanidad el 7 de abril de 2020, en general, las pruebas diagnósticas de PCR solo se realizarán en pacientes sintomáticos, moderados o graves en el ámbito hospitalario, o leves en el ámbito extrahospitalario, priorizando en este último la utilización de los test en residencias de personas mayores y centros sociosanitarios con el objetivo de detectar precozmente los casos e investigar los posibles brotes. En instituciones penitenciarias, las PCR serán pruebas de elección diagnóstica. No se indica en dicha instrucción ni hay norma hasta la fecha que establezca la obligación de realización de dichos test en los centros de trabajo de manera generalizada. En relación con la posibilidad de establecer controles biométricos (Rodríguez-Piñero Royo, 2019, pp. 94-95) de temperatura es fundamental distinguir, cuando se trata de biometría, entre «controles» y «datos», porque nos vamos a encontrar con ambos en el ámbito laboral. «Control» es el artilugio que permite realizar autenticaciones o identificaciones a partir de una característica biométrica de la persona; «dato» es la información que se obtiene a partir de este control. Para que se impida el acceso a los puestos de trabajo con valores irregulares se plantean

en la certificación de la aptitud, a fin de garantizar la vigilancia periódica de la salud de las personas trabajadoras, en función a los riesgos inherentes al trabajo, evitando el peligro para sí mismas, para las demás personas trabajadoras o para la ciudadanía en general, que no supone la vulneración de derechos fundamentales. No se está ante un convenio colectivo que habilite la generación de posibles reconocimientos médicos obligatorios, sino ante los supuestos contemplados por la propia LPRL que ampara su carácter de obligatoriedad-.

³¹ Se trata de optar por aquellos que causen las menores molestias a la persona trabajadora y que sean proporcionales al riesgo. A esta idea de proporcionalidad también aludía la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, actual LOPDGDD, al exigir que los datos obtenidos no sean excesivos con el ámbito y las finalidades para las que se obtuvieron.

³² Vid. SSTSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2016 (rec. 177/2016) y 31 de marzo de 2016 (rec. 304/2016).

diversas cuestiones, en relación con la posibilidad de que se pueda realizar dicha prueba y con el personal al que pueda realizársele. La AEPD ha señalado, como interpretación a preguntas frecuentes³³, que dicha medida corresponde a la vigilancia de la salud del artículo 22 de la LPRL y, por tanto, debe realizarse por personal especializado. El 30 de abril de 2020 en un comunicado³⁴ de la AEPD, en relación con la toma de temperatura por parte de comercios, centros de trabajo y otros establecimientos, se indicaba que esta supone una injerencia particularmente intensa en los derechos de las personas afectadas. Por una parte, porque afecta a datos relativos a la salud de las personas, no solo porque el valor de la temperatura corporal es un dato de salud en sí mismo, sino también porque, a partir de él, se asume que una persona padece o no una concreta enfermedad, como es, en estos casos, la infección por coronavirus. La aplicación de estas medidas y el correspondiente tratamiento de datos requeriría la determinación previa que haga la autoridad sanitaria competente, que en estos momentos es el Ministerio de Sanidad, de su necesidad y adecuación al objetivo de contribuir eficazmente a prevenir la diseminación de la enfermedad en los ámbitos en los que se apliquen, regulando los límites y garantías específicos para el tratamiento de los datos personales de las personas afectadas.

Aunque el virus ha sido catalogado hasta la fecha dentro del grupo 2 («aquél que puede causar una enfermedad en el hombre y puede suponer un peligro para los trabajadores, siendo poco probable que se propague a la colectividad y existiendo generalmente profilaxis o tratamiento eficaz»), dicha clasificación no está adaptada al progreso de los conocimientos científicos, teniendo en cuenta que ya ha sido modificada por la Directiva de la Comisión 2019/1833, de 24 de octubre, donde los coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV) y coronavirus del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) ya aparecen clasificados en el grupo 3 («aquél que puede causar una enfermedad grave en el hombre y presenta un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz»). El nuevo coronavirus de que ahora se trata es análogo al primero de ellos, hasta el punto de haber sido denominado, entre otras maneras, como SARS-CoV-2. Aunque el plazo de incorporación de la directiva no vence hasta el 20 de noviembre de 2021, lo cierto es que se ha constatado su facilidad en la propagación y contagio³⁵. Por tanto, cabe entender que en esta circunstancia ha quedado acreditada la posibilidad de que se generen riesgos a terceros³⁶. Ahora bien, la realización de pruebas PCR o test rápidos no garantiza que la persona trabajadora se encuentre infectada en ese momento, ni que lo vaya a estar en el futuro. La OMS³⁷, en este caso y refiriéndose a los pasaportes serológicos, indica que las personas que asumen que son

³³ Vid. https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf.

³⁴ Vid. <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/comunicado-aepd-temperatura-establecimientos>.

³⁵ Como indica el Auto del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2020 (proc. núm. 318/2020).

³⁶ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha 100/2011, de 27 de enero.

³⁷ Vid. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>.

inmunes a una segunda infección porque han recibido un resultado positivo pueden ignorar los consejos de salud pública. Por lo tanto, el uso de dichos certificados puede aumentar los riesgos de transmisión continua. Si bien existe la posibilidad de establecer reconocimientos médicos previos en caso de riesgo para la salud de la persona trabajadora y de terceras, los mismos deben respetar el principio de proporcionalidad de la medida adoptada. Dado que dicha medida no es recomendada por la OMS ni por Sanidad, con carácter general, como habilitación o pasaporte para realizar una actividad laboral, no parece que dicha medida se pueda considerar como proporcional, atendiendo además a los criterios de salud pública y la autoridad competente en esta materia.

Conforme a la Ley orgánica de protección de datos (LOPD), 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 las personas trabajadoras, sin que pueda facilitarse a la empresa o a otras personas sin su consentimiento expreso, prohibiéndose, por tanto, la transmisión de la información médica obtenida al amparo de lo dispuesto en dicha ley a cualquier tercera persona distinta del personal médico, tal y como manifestó la AEPD. La toma de temperatura, las PCR, los test rápidos son pruebas diagnósticas en el ámbito de la vigilancia de la salud, que de manera aislada no representan nada relevante, ya que, a efectos laborales, el resultado de la vigilancia de salud, que valora de manera conjunta las pruebas diagnósticas, es lo que determina si la persona trabajadora es apta o no apta para su actividad, y que atienden a un momento concreto sin tener en cuenta que pueden pasar para su manifestación entre 1 o 2 semanas. En cualquier caso, tanto las PCR como la toma de temperatura en el ámbito del Real Decreto 664/1997, que se estimen necesarias para realizar el trabajo en condiciones adecuadas, deberán realizarse conforme al protocolo previsto y por personal especializado. Para el resto de supuestos, y ante la situación del estado de alarma, en los que se regulan las actuaciones ante la situación de salud pública generada por la COVID-19, si así lo establecen las recomendaciones, o instrucciones de la autoridad competente, en este caso la sanitaria, se deberán establecer los controles adecuados para verificar el estado de salud, si bien, para estos casos, no nos encontramos ante una prueba diagnóstica derivada de los protocolos de salud laboral para el puesto de trabajo concreto, sino ante una recomendación de salud pública para evitar contagios, por lo que se entendería que dicha prueba puede realizarse por cualquier persona o sistema habilitado para ello. La evolución de la pandemia ha generado una constante actualización de instrucciones y recomendaciones por parte de las autoridades sanitarias, lo que ha obligado a mantener una adaptación encomiable por parte de profesionales, empresas y servicios de prevención. En el caso de comunidades autónomas como Canarias y Aragón, se estableció un proceso de comunicación y autorización para la realización de las mismas³⁸.

³⁸ Orden SAN/320/2020, de 15 de abril, relativa a la realización de pruebas de diagnóstico para la detección del COVID-19 por medios ajenos al Sistema Público de Salud en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA de 16 de abril de 2020). Orden de 28 de abril de 2020, relativa a la realización de pruebas de diagnóstico para la detección del COVID-19 por medios ajenos al Servicio Canario de la Salud (BOC de 30 de abril de 2020).

Igualmente, la Instrucción de Sanidad de 19 de abril de 2020 indica que los servicios de prevención de riesgos laborales que realizan actividades sanitarias deben limitar la realización de pruebas diagnósticas para la detección de la COVID-19 establecidas por el Ministerio de Sanidad, es decir, en el ámbito extrahospitalario solo se prioriza la utilización de los test en residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, y su uso está indicado en pacientes sintomáticos si han transcurrido varios días desde el inicio de síntomas. En instituciones penitenciarias, cuando no sea posible la PCR. En el ámbito comunitario, solo si está garantizada la capacidad de realización de PCR se podrá plantear la utilización de test de diagnóstico rápido de detección de anticuerpos en pacientes con alta sospecha clínica de varios días de evolución tras el inicio de síntomas. Dicha instrucción se actualizó a 14 de mayo de 2020³⁹ señalando expresamente que cualquier entidad de naturaleza pública o privada que, en relación con las pruebas diagnósticas para la detección de la COVID-19, adquiera hisopos para toma de muestras, medio de transporte de virus, reactivos de inactivación, kits de extracción de ácidos nucleicos o reacciones de PCR o test rápidos diagnósticos deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad sanitaria competente de la comunidad autónoma en la que se encuentren ubicadas o presten sus servicios, con indicación expresa del tipo de material, número de unidades adquiridas y destino de uso. Corresponde a la autoridad sanitaria competente de cada comunidad autónoma establecer el procedimiento concreto para su remisión, por ello, conforme a las instrucciones de la autoridad sanitaria competente, se autoriza a las empresas para la realización de pruebas diagnósticas para actividades, en cualquier caso siempre dentro de lo previsto en el artículo 22 de la LPRL, sin que quepa por ello actuación autónoma por parte de las empresas y dando traslado de ello a la representación legal de las personas trabajadoras⁴⁰.

³⁹ Vid. <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>.

⁴⁰ El 19 de junio de 2020 se incluyó en la revisión del procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales un nuevo apartado 6, referido a los estudios de cribado sobre personas asintomáticas, indicando expresamente que no se recomienda la realización de cribados mediante la realización de PCR o técnicas serológicas, por las dificultades de interpretación de los resultados en personas asintomáticas y de bajo riesgo y las implicaciones en su manejo. Solo podría considerarse su realización en determinadas situaciones que se exponen a continuación y siempre bajo la recomendación de las autoridades de salud pública. Indica que las autoridades sanitarias podrán establecer los mismos al personal sanitario o sociosanitario o residentes en residencias de mayores u otros centros sociosanitarios. En cualquier caso, no se aconseja volver a realizar PCR de nuevo a las personas asintomáticas que ya tuvieron una prueba positiva que se negativizó, dada la falta de evidencia en el momento actual de transmisibilidad a partir de pacientes que vuelven a presentar PCR positiva. Si bien con base en la detección de posibles casos, en la actualización de 14 de julio de 2020 se recogió expresamente que las empresas, a través de los servicios de prevención y por los servicios sanitarios, bajo los criterios de sanidad y las comunidades autónomas, ante cualquier cuadro clínico sospechoso deberán realizar una PCR y, en caso negativo, repetirla en 48 horas, y, si persisten síntomas, realizar una prueba tipo ELISA. Este nuevo escenario fue objeto de nueva revisión, de 7 de octubre de 2020, y se plantearon nuevos escenarios para las situaciones de infección activa conforme a las estrategias indicadas por las autoridades de salud pública dirigidas a determinados grupos o poblaciones. Primero se propone de preferencia la realización de PCR en exudado nasofaríngeo mediante su análisis en lotes

Por otra parte, respecto a la toma de temperatura de su personal o terceras personas, por estimar que el coronavirus puede afectar a la salud de las personas trabajadoras, y, por tanto, quiera aplicar el establecimiento de un control de vigilancia de la salud obligatorio conforme al artículo 22 de la LPRL, atendiendo a que la realización de los reconocimientos es imprescindible para verificar si el estado de salud de la persona trabajadora puede constituir un peligro para la misma, para los demás compañeros/as o para otras personas relacionadas con la empresa, debe determinarse si es el único mecanismo posible para establecer si el estado de la persona trabajadora puede suponer un riesgo. Las meras sospechas o elucubraciones acerca de posibilidades más o menos remotas de que dicho riesgo existiera no justificarían la realización del reconocimiento con carácter obligatorio. El problema está en que, atendiendo al problema de salud pública, las pruebas diagnósticas de toma de temperatura no garantizan la ausencia de riesgo, ni la posibilidad de contagio, ya que se puede ser persona transmisora siendo asintomática, se puede transmitir a través de objetos en los que se haya fijado el coronavirus, puede contagiarse posteriormente. A falta de criterio, instrucción o recomendación de las autoridades competentes⁴¹, salvo en el caso de PCR o test rápidos de detección de anticuerpos⁴², para las actividades concretas y determinadas en la instrucción de sanidad, debe determinarse si es el único mecanismo posible para decidir si el estado de la persona trabajadora puede suponer un riesgo. Por último, el establecimiento de un pasaporte biológico o un certificado de ausencia de riesgos no garantiza la inmunidad ni la ausencia de riesgos⁴³. El documento de sanidad referido a la «estrategia de diagnóstico, vigilancia y control en la fase de transición de la pandemia de COVID-19, indicadores de seguimiento» de 9 de julio de 2020⁴⁴

también denominado *pooling*, para optimizar recursos de PCR. En segundo lugar, si los recursos de PCR estuvieran limitados y hubiera suficiente disponibilidad de pruebas rápidas de detección de antígeno, se pueden realizar los cribados con estas, si bien sería necesario confirmar los casos positivos mediante PCR si la prevalencia de la enfermedad es baja. Para personas trabajadoras sanitarias o sociosanitarias, además de los supuestos de *pooling*, se añade el cribado con pruebas serológicas. La OMS únicamente recomienda el uso de test rápidos de anticuerpos para determinadas situaciones y estudios, y con fines de investigación. Las pruebas de detección rápida de anticuerpos no se consideran adecuadas para el diagnóstico de infección aguda. Tampoco la serología tipo ELISA u otras técnicas de inmuno-ensayo de alto rendimiento están indicadas por sí solas para el diagnóstico en la fase aguda de la enfermedad. No se recomienda la realización de cribados mediante pruebas serológicas, por las dificultades de interpretación de los resultados en personas asintomáticas y de bajo riesgo, no obstante, si se realizan establece la interpretación adecuada. En el contexto de un estudio de un caso asintomático con PDIA positiva se realizará un estudio serológico, se interpretará de acuerdo con el algoritmo que indica la guía.

⁴¹ Vid. https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia/Documents/2020/GUIA_CENTROSTRABAJOCOVID19b.pdf y https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL_COVID-19.pdf.

⁴² Vid. <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/instruccionesPruebasDiagnosticasEmpresas.pdf>.

⁴³ Vid. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>.

⁴⁴ Vid. https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/COVID19_Estrategia_vigilancia_y_control_e_indicadores.pdf.

con referencia al ámbito laboral, sí ha establecido la obligación para el personal sanitario y sociosanitario relativa a que a la reincorporación a su puesto de trabajo será necesaria la realización de una PCR, además de la resolución de síntomas al menos 3 días antes, y con un mínimo de 10 días desde el inicio de estos. En caso de que sea negativa, se reincorporarán al trabajo. En caso de que la PCR siga siendo positiva, no podrán reincorporarse a su puesto de trabajo y se les dará una nueva cita para repetir la PCR. El personal sanitario y sociosanitario que haya requerido ingreso hospitalario podrá recibir el alta hospitalaria si su situación clínica lo permite, aunque su PCR siga siendo positiva, pero se deberá mantener aislamiento domiciliario con monitorización de su situación clínica al menos durante 14 días desde el alta hospitalaria. Para la reincorporación a su puesto de trabajo será necesaria la realización de una PCR, además de la resolución de síntomas al menos 3 días antes y con un mínimo de 14 días. Las personas trabajadoras que no sean personal sanitario o sociosanitario, que sean casos confirmados y que no requieran ingreso hospitalario serán manejadas de la misma forma que la población general en cuanto al aislamiento. El seguimiento y el alta serán supervisados por su médico de atención primaria o del trabajo, de la forma que se establezca en cada comunidad autónoma. Las personas trabajadoras que requieran ingreso hospitalario se gestionarán como en la población general tanto para considerar el fin del aislamiento como para su reincorporación a la actividad laboral.

En cualquier caso, la utilización de dichos métodos ha de ser proporcional, teniendo en cuenta que los métodos de diagnóstico hasta la fecha no son definitivos y que las personas afectadas no pueden negarse a someterse a la toma de temperatura sin perder, al mismo tiempo, la posibilidad de entrar en unos centros de trabajo, educativos o comerciales, o en los medios de transporte, a los que están interesados en acceder; por tanto, no habría libre consentimiento según la AEPD. En todo caso, si procediese la realización de dichas pruebas a las personas trabajadoras, como pruebas amparadas en la necesidad de realizar un reconocimiento médico previo, estarían dentro del ámbito de aplicación del artículo 22 de la LPRL, tal y como indicó la AEPD, por lo que solo se podrán realizar cuando se haya establecido por el servicio de vigilancia de la salud y por personal competente. En caso de que la prueba determine unos valores irregulares, se deberá dar traslado a la persona trabajadora para que acuda a los servicios médicos de la empresa o los servicios públicos de salud para que valoren si se encuentra afectada por una situación incapacitante para la actividad laboral, que derive en la baja correspondiente; sin la misma, la persona trabajadora mantendría el derecho a acceder a su puesto de trabajo. Como han puesto de manifiesto Marzo Portera (2020) y Mercader Uguina (2020), en el caso de tener que aplicar el artículo 22 de la LPRL, nos podríamos encontrar con la imposibilidad práctica de poner en marcha dicha medida, ya que no habría personal sanitario suficiente para realizar dicha actividad. Ahora bien, atendiendo a la condición de salud pública, corresponde a la autoridad sanitaria establecer los criterios para su realización generalizada, protocolos que deben aplicarse por los servicios médicos para estos casos, y, si procede, su realización de forma generalizada, ya que en cualquier caso nos encontramos ante la aplicación de la LGSP que habilita expresamente a la autoridad sanitaria para establecer las medidas que estime oportunas

para garantizar y evitar riesgos para la salud. En este mismo sentido se ha manifestado la propia AEPD⁴⁵. Cuestión distinta es su tratamiento como control biométrico, sin conservar datos y de manera ajena al artículo 22 de la LPRL, como puede ocurrir con la utilización de arcos de temperatura, cuyo dato solo es accesible por la persona trabajadora, y no se emplean personas terceras como vigilantes, para tomar la temperatura; cuestión que ya se procedió a judicializar⁴⁶ y en la que finalmente se resolvió indicando que:

[...] este conflicto únicamente se centra en resolver la capacidad de que los vigilantes de seguridad realicen esta función y no versa sobre la constitucionalidad de la toma de temperatura a los trabajadores por parte de la empleadora, [...] nos encontramos ante una actividad propia de los servicios de prevención y salud, lo que sin duda pone en cuestión su encomienda al personal de seguridad y vigilancia. Sin embargo, la resolución del presente conflicto colectivo no puede abordarse al margen del contexto social y sanitario que tiene lugar a partir del 14 de marzo de 2020, fecha en la que el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto 463/2020, por el que se declaraba el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Y es precisamente desde esta situación excepcional desde la que debemos analizar la medida adoptada.

En estos casos, y como mera fórmula de control de acceso, sin conservación de datos, podríamos establecer dichos controles, pero no dentro del ámbito del artículo 22 de la LPRL, como ha señalado el TSJ. No obstante, dicha medida no ha sido prevista ni con el artículo 7 del Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, referido a las medidas que deben adoptarse en los centros de trabajo, ni en las guías de prevención del contagio del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo⁴⁷, ni en el documento de buenas prácticas en los centros de trabajo del Ministerio de Sanidad⁴⁸. Sí se contempla en algún ámbito autonómico⁴⁹ o en la negociación sectorial, como el caso de la automoción⁵⁰ o de la industria del papel, en los que se ha previsto como recomendación la toma de temperatura. En este sentido, el

⁴⁵ Vid. https://www.ondacero.es/programas/mas-de-uno/audios-podcast/entrevistas/sanidad-determinar-necesidad-cameras-temperatura_202005135ebba3644ab4200011e1057.html.

⁴⁶ Vid. <https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2020/06/29/5efa1ad5468aebde618b459c.html>.

⁴⁷ Vid. <https://www.insst.es/espacio-campana-covid-19>.

⁴⁸ Vid. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj90IG06TqAhVPz4UKHertDkUQFjABegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.msccbs.gob.es%2FgabinetePrensa%2FnotaPrensa%2Fpdf%2FGUIA110420172227802.pdf&usg=AOvVaw1ohpLbnhldEV OtiB223sh7>.

⁴⁹ Vid. https://www.euskadi.eus/contenidos/noticia/industria_koronavirus_prot/es_def/adjuntos/protocolo_industria_salud_covid.pdf.

⁵⁰ Vid. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjghJvL_KTqAhW_AWMBHfJoDQoQFJAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Findustria.ccoo.es%2F5f4ecccefe717631441f38db471265a000060.pdf&usg=AOvVaw3dq4envdPFw2CY9ZxtJKO.

supervisor europeo⁵¹ ha indicado que si no hay registros, no hay vulneración de derechos, pero con relación a cámaras o arcos autónomos, en la medida en que puede existir tratamiento de datos total o parcial, a falta de normas expresas no se consideran legítimos, salvo con el consentimiento explícito de las personas trabajadoras (Muñoz Ruiz, 2020).

4. Los convenios colectivos y los reconocimientos médicos

Los reconocimientos médicos son causa de amplia división en la doctrina, entre quienes estiman que las disposiciones de carácter laboral contenidas en la LPRL y en sus normas reglamentarias tienen en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo indisponible, reservándose a los convenios colectivos únicamente la función de mejora y desarrollo, por lo que no pueden establecerse como obligatorios fuera de los supuestos fijados en la propia ley (López Ahumada, 2010, p. 120; Sala Franco y Arnau Navarro, 1996, p. 101; Serrano García, 2010, p. 26; Toscani Giménez, 2012), y quienes entienden que el convenio colectivo⁵² es una vía adecuada para establecer como obligatorios los reconocimientos médicos (Bernardo Jiménez, 2002; Meléndez Morillo-Velarde, 2004, p. 85; San Martín Mazzucconi, 2004, pp. 190-196). Lo cierto es que la cuestión debe matizarse. El establecimiento de reconocimientos médicos con carácter previo a la contratación no ha establecido dudas al respecto en la jurisprudencia⁵³, que ha considerado que no atenta contra la intimidad de la persona trabajadora siempre que la medida no se acuerde fraudulentamente. Se entiende que no existe fraude «cuando la medida es asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo» y cuando tenga por objeto vigilar el estado de salud de las personas trabajadoras «en función de los riesgos inherentes al trabajo».

Si bien el derecho a la intimidad es un derecho fundamental, «los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos, por lo que pueden ser sometidos a restricciones». En este caso puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal

⁵¹ Vid. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/01-09-20_edps_orientations_on_body_temperature_checks_in_the_context_of_euis_en.pdf.

⁵² Un ejemplo clásico es el previsto en el actual artículo 20 del VI Convenio general de construcción.

⁵³ Vid. STS de 28 de diciembre de 2006 (rec. 140/2005). En este sentido, el artículo 243 de la LGSS establece que:

1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio [...].
2. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador [...].

que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (STC 70/2009, de 23 de marzo). Por tanto, cuando estén en juego otros derechos, habrá que determinar si es posible la limitación del derecho a la intimidad. Para ello es necesario que se hayan evaluado los riesgos y que de los mismos se determine la existencia de un riesgo para la persona trabajadora o para terceras personas⁵⁴. En aquellos casos en que el reconocimiento médico sea capaz de detectar una situación que no solo ponga en peligro a la persona trabajadora, sino a otras personas trabajadoras o terceras personas, en mi opinión, es posible que se garanticen mediante el instrumento previsto en el convenio colectivo los supuestos en que pueden establecerse reconocimientos médicos obligatorios. Si bien los convenios colectivos no son norma mínima, sino que tienen únicamente la función de mejora y desarrollo (STC 196/2004), la garantía de integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, al igual que el derecho a la intimidad, se encuentra recogida en el artículo 5 del ET, y si bien solo algunas normas reglamentarias prevén de manera obligatoria la realización de reconocimientos médicos periódicos obligatorios, no es posible que la praxis legislativa recoja todas las posibles situaciones de riesgo existentes en la multiplicidad de actividades laborales. El artículo 16 de la LPRL ya prevé que sea la evaluación de riesgos el instrumento adecuado para detectar los riesgos inherentes a cada actividad de la empresa. Con base en las necesidades detectadas en la misma, se entiende que el convenio colectivo garantiza la adecuada intervención de la representación de las personas trabajadoras para determinar aquellos supuestos en los que se hace necesaria la aplicación de dichos reconocimientos. Se trata de que la actividad desarrollada (conducción de vehículos, etc.) determine la necesidad de valorar en determinadas circunstancias la capacidad de la persona trabajadora para seguir desempeñando esa actividad, y qué mejor garantía que la negociación colectiva para determinar si efectivamente esa actividad puede dar lugar a un riesgo reconocible. Esto no impide que el establecimiento de cláusulas en los convenios que no justifiquen adecuadamente la necesidad de dicho reconocimiento pueda considerarse nulo de pleno derecho. Por ello, si en un convenio colectivo se establece la obligación por parte de todas las personas trabajadoras de someterse a un reconocimiento médico genérico, no asociado a riesgos laborales, dicha previsión sería contraria a la regulación estipulada en el artículo 22 de la LPRL, que reconoce el carácter voluntario de los reconocimientos médicos. La norma, en cualquier caso, exige un previo informe de la representación de las personas trabajadoras. El Real Decreto 843/2011 (art. 3) señala además que el servicio de prevención podrá

⁵⁴ Vid. STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 565/2017, de 13 de junio –es razonable que el convenio colectivo establezca el carácter obligatorio de los análisis de alcohol y droga en sangre, al estar dentro de las excepciones a la voluntariedad que contempla el art. 22 de la LPRL y, en concreto, la relativa a «verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro, tanto para sí mismo como para otras personas». El demandante no puede amparar su negativa a realizar el análisis de detección de alcohol y drogas en una mera invocación de su derecho fundamental a la intimidad personal, ya que como se ha expuesto, la obligatoriedad de ese examen modula pero no vulnera el derecho fundamental del artículo 18 de la CE–.

realizar programas preventivos no relacionados directamente con riesgos laborales cuando estos hayan sido acordados en la negociación colectiva. En realidad no se exige ante todo examen médico, sino solo cuando la empresa pretende hacer valer una de las situaciones contempladas en la norma como de vigilancia obligatoria para las personas trabajadoras.

El hecho de que la concesión y mantenimiento de los permisos exija someterse periódicamente a un reconocimiento médico no impide que la empresa imponga otros exámenes médicos adicionales. El TS ha sentado⁵⁵ las bases sobre la exigencia de los reconocimientos médicos, tanto en el caso de vigilantes de seguridad como en el caso de personas conductoras de vehículos, estableciendo que los reconocimientos médicos tienen la misma finalidad que la perseguida por los exámenes médicos a que se refiere el artículo 22 de la LPRL:

Los reconocimientos médicos previstos en la Ley de prevención de riesgos laborales están al servicio de la salud y seguridad en la empresa y constituyen un instrumento para que el empresario pueda cumplir con su deber de proporcionar una protección eficaz en materia de seguridad y salud y del correlativo derecho de todos los trabajadores a obtener tal eficaz protección, mientras que los reconocimientos médicos para la renovación de los permisos de conducción no están de ninguna forma vinculados al desempeño de ningún concreto puesto de trabajo, no tienen por lo tanto en cuenta los riesgos laborales que pudieren concurrir, y no persiguen constatar la capacidad para el desempeño de una determinada actividad laboral.

Este es el motivo por el que ese tipo de reconocimientos médicos tiene una finalidad, un contenido y unas exigencias que no guardan la menor relación con el análisis de un específico puesto de trabajo, y no pueden, por lo tanto, sustituir a los que pueda acordar la empresa a los singulares efectos del artículo 22 de la LPRL, ni a juicio del TS los convierten en abusivos por excesivos o desproporcionados.

5. La participación de la representación de las personas trabajadoras

Además de las competencias negociadoras con relación al establecimiento de los reconocimientos médicos, la representación de las personas trabajadoras, delegados/as de prevención y comité de seguridad y salud tienen garantizada su participación en la gestión de la información relacionada con los reconocimientos médicos, sujeta, en todo caso, al deber de confidencialidad. En concreto, en aquellos casos en los que la vigilancia de la salud pueda ser obligatoria para la persona trabajadora, la LPRL exige la petición del informe previo a la representación de las personas trabajadoras. En relación con el contenido y

⁵⁵ SSTs de 7 de marzo de 2018 (rec. 42/2017) y 21 de enero de 2019 (rec. 4009/2016).

comunicación de los reconocimientos médicos, han de ser informadas de las conclusiones derivadas de los reconocimientos médicos referidos a la aptitud de la persona trabajadora para determinados puestos o si fuera necesaria la adopción de medidas de prevención o protección. En los casos de accidentes, los delegados/as de prevención tienen derecho a acceder, al igual que las autoridades laborales, a los informes y documentos resultantes de la investigación por la empresa de los daños para la salud de las personas trabajadoras⁵⁶, si bien la comunicación de los datos sobre los daños producidos en la salud de las personas trabajadoras no deberá hacerse extensiva a todo el historial médico que se derive de su asistencia por accidente o enfermedad con motivo del trabajo desarrollado en la empresa. Es más, el conocimiento de la información médica de las personas accidentadas por parte de los delegados/as de prevención precisaría del consentimiento de las personas trabajadoras afectadas. En todo caso, los delegados/as de prevención, al ser cesionarios de los datos proporcionados por la empresa, deben cumplir con lo establecido en la normativa de protección de datos, y, en particular, deben guardar el deber de secreto que se exige tanto por el artículo 10 de la LOPD, como por el artículo 37.3 de la LPRL, en relación con el artículo 65.2 del ET (Informe 655/2008 de la AEPD). En cuanto a la gestión de la información y documentación que se realice en el seno de la empresa, deberá consultarse a las personas trabajadoras y a su representación, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a los procedimientos de información y documentación a que se refiere el artículo 23.1 de la LPRL. Por otro lado, en el comité de seguridad y salud deben debatirse, entre otras cuestiones, la elección de la modalidad organizativa y, en su caso, la gestión de las entidades especializadas con las que se pudieran haber concertado las actividades preventivas, en este caso la vigilancia de la salud.

6. Adicciones y reconocimientos médicos

Las adicciones⁵⁷ en el ámbito laboral son situaciones sujetas a un marco regulatorio complejo. La posibilidad de realizar reconocimientos médicos en estas situaciones genera diferentes aristas derivadas de las posibles consecuencias para la persona trabajadora que puedan generarse (Molina Navarrete *et al.*, 2018). Atendiendo a la multiplicidad de situaciones⁵⁸, y a su posible consideración como patología, puede recomendarse en la planificación preventiva la posibilidad de realizar reconocimientos médicos y, por tanto, es

⁵⁶ Vid. STS de 24 de febrero de 2016 (rec. 79/2015).

⁵⁷ El artículo 7 b) de la Ley 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias, define la adicción como toda conducta excesiva que, sin consumo de sustancias, se caracteriza por la tendencia irreprimible y continuada a su repetición, pese a ser perjudicial para la persona que la presenta y para su entorno directo, por la incapacidad de controlarla a pesar de intentarlo y por su mantenimiento pese a su nocividad.

⁵⁸ Vid. Pérez Capitán (2007) y Fernández Domínguez (2015).

preciso que se estime la necesidad del carácter obligatorio de los mismos atendiendo a los riesgos detectados en la actividad, a la peligrosidad de la actividad tanto para la persona trabajadora como para terceras personas⁵⁹. Sería lógico asumir que los protocolos médicos aplicados deberían incluir sistemas de control de sustancias o adicciones que alteren la percepción de la persona trabajadora. En cuanto a la implantación de la periodicidad, o controles establecidos, igualmente debería extenderse dicha periodicidad en función de la actividad desarrollada. Realizar un control de sustancias antes de utilizar un vehículo automotor o realizar un trabajo en altura debería considerarse obligatorio⁶⁰. En este sentido debe ser condición indispensable para la puesta en marcha de dicho vehículo o actividad, de conformidad con el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, en cuyo anexo II, apartado 1.1, referido a las condiciones generales de utilización de los equipos de trabajo, se establece que los equipos de trabajo se instalarán, dispondrán y utilizarán de modo que se reduzcan los riesgos para las personas usuarias del equipo y para las demás personas trabajadoras. Esto deriva en que la responsabilidad del uso del vehículo de manera adecuada le corresponde a la empresa, en aplicación de los principios preventivos previstos en los artículos 14 y 15 de la LPRL. La empresa tiene la obligación de evitar los riesgos. La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer la persona trabajadora. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales solo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras. También se ha llegado a admitir que los controles de alcohol y estupefacientes se puedan realizar por personal no facultativo⁶¹,

⁵⁹ Vid. STSJ de Cataluña 183/2018, de 15 de enero –despido nulo por vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal en la medida en la que, aun cuando exista una autorización legal para realizar los análisis de control sobre el consumo de alcohol y estupefacientes, la utilización que de la misma hace la empresa no es contraria a las previsiones constitucionales en la medida en que aplica los controles; la empresa ha realizado un análisis que da un resultado no-negativo sustentado en el principio de legalidad que en este caso se trata de un análisis que tiene que ver con la seguridad del centro de trabajo, de quienes allí prestan servicios y de la sociedad en general; su realización goza de sustento en previsiones legales; y es palmario que el trabajador presta sus servicios en un puesto de trabajo que entra dentro de aquellos para los cuales se prevé la necesidad de realizar controles por tratarse de funciones relacionadas con la protección radiológica-. Vid., asimismo, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 565/2017, de 13 de junio, ya citada.

⁶⁰ Vid. STC 196/2004, de 15 de noviembre –no puede establecerse con carácter obligatorio la prueba de detección de alcohol o drogas en una compañía aérea dada la actividad llevada a cabo por la trabajadora, (agente administrativo), si bien estas pruebas sí que hubieran procedido en caso de que la persona trabajadora hubiera sido piloto de avión–.

⁶¹ Vid. STSJ de la Comunidad Valenciana 1609/2017, de 15 de junio –entiende que no se vulnera con el procedimiento para el control y análisis preventivos para detectar el consumo de alcohol, sustancias tóxicas o estupefacientes del personal que presta servicios en las instalaciones nucleares y radioactivas por contar con habilitación legal suficiente como dispone el art. 8.4 del Reglamento sobre instalaciones

como ha ocurrido en el caso de instalaciones nucleares, atendiendo a que el procedimiento utilizado no era invasivo, y el control en estos casos era obligatorio.

En relación con los consumos o adicciones para el resto de actividades, en las que no se ponga en riesgo la seguridad de terceras personas, cabe la posibilidad de implantar en la planificación preventiva medidas de control que deban incluirse en los protocolos médicos, con el fin de detectar adicciones. Todo ello en el marco de lo previsto en el artículo 25 de la LPRL, para personas trabajadoras especialmente sensibles, entendiendo la patología de la adicción como estado biológico, psíquico o sensorial debidamente reconocido. También es posible establecer un programa de control de sustancias/alcohol en el lugar de trabajo pactado con la representación de las personas trabajadoras y previsto en convenio colectivo; los resultados positivos se derivarían, con garantías de confidencialidad y con el consentimiento de la persona trabajadora, al plan de prevención de drogas/alcohol, para tratamiento y posterior reincorporación, que debe tener un objetivo preventivo y no punitivo. Por ello se debe contemplar en los protocolos médicos de vigilancia de la salud laboral específicos, y debe estar integrado dentro del marco general de la política de drogas/alcohol de la empresa, en la que se garantice que su objetivo no es perseguir a los adictos, sino contribuir a mejorar las condiciones de seguridad y salud en la empresa. Las adicciones pueden dar lugar a situaciones de incapacidad temporal y, a largo plazo, a la imposibilidad para la persona trabajadora de llevar a cabo actividad laboral cualquiera debido a que esta desarrolla trastornos mentales y de comportamiento, pudiendo dar lugar en estos casos a la incapacidad permanente. Lo cierto es que existen métodos de recuperación de la persona trabajadora, por lo que no procede la declaración automática de incapacidad permanente. Una vez superada la situación de incapacidad temporal, se podría plantear que, en los casos de reincorporación al puesto de trabajo o ausencia justificada, se pudiera proceder a proponer con base en el artículo 20.4 del ET un reconocimiento médico, y la cuestión también daría lugar a si, en los casos de reconocimientos médicos obligatorios, sería necesario aplicar de nuevo los protocolos de conformidad con el artículo 22 de la LPRL. En mi opinión es imprescindible que, en los casos de reincorporación, cuando el reconocimiento médico se considere obligatorio⁶², se proceda a aplicar de nuevo dichos protocolos previamente a la reincorporación de la persona trabajadora, con el fin de verificar la situación de apta. Para el resto de supuestos, de ausencias por incapacidad temporal o ausencias justificadas o injustificadas, solo procedería la aplicación de lo previsto en el artículo 20.4 del ET. En cualquier caso, como se ha señalado por la doctrina, lo que no debería proceder en estos supuestos es la adopción

nucleares y radioactivas aprobado por el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre; se informa al trabajador del control y del procedimiento, se limita al mínimo imprescindible y no es invasivo, no resultando preciso que se lleve a cabo por personal facultativo por no ser controles orientados a la salud médica del trabajador, sino para asegurar la salud de las personas, las instalaciones y el medioambiente, como consecuencia de las precauciones y garantías que exige una central nuclear-.

⁶² Vid. la ya citada STSJ de Cataluña 4308/2019, de 19 de septiembre.

de medidas punitivas relacionadas directamente con dicha patología, como actualmente se encuentra previsto en el artículo 52 f) del ET, si bien la empresa dispone de medios suficientes para resolver el contrato por causas relacionadas con la falta de rendimiento o conflictos personales, lo cierto es que la previsión de la causa de extinción contenida en el mencionado precepto está sujeta más a un componente moral que a una causa real de despido, por ello se aboga por su derogación (Miñarro Yanini, 2016).

7. El establecimiento de medios de intercambio de datos sanitarios como medida de gestión de los reconocimientos médicos

Se ha venido a plantear la necesidad organizativa de agilizar el sistema de gestión de reconocimientos médicos mediante el establecimiento de sistemas que validen los reconocimientos iniciales para un sector o periodo de tiempo, habilitando un sistema de datos compartidos o tarjeta sanitaria que capacite a la persona trabajadora para realizar una actividad durante un periodo de tiempo sin tener que someterse a nuevas pruebas médicas. Los problemas que suscita esta medida son diversos. En primer lugar, salvo para los supuestos en los que el reconocimiento médico es obligatorio y, por tanto, no cabe el establecimiento de medidas que eludan dicha obligación, el reconocimiento médico es de carácter voluntario. Así, dicha voluntariedad determina que habrá personas trabajadoras que hayan rechazado la realización del reconocimiento médico y otras que hayan aceptado voluntariamente su realización. El hecho de que se solicite, aunque sea voluntariamente, la aportación de un reconocimiento médico previo puede suponer una discriminación, al requerir la aportación de unas pruebas sobre las que la persona trabajadora tiene libertad para aceptar. En este sentido, en relación con el establecimiento de pasaportes serológicos, como indicábamos anteriormente, la OMS⁶³ ha manifestado su disconformidad. Esa posible discriminación no solo puede entenderse contraria a lo previsto en el artículo 22 de la LPRL, sino que puede entenderse vulnerado el artículo 14 de la CE, en perjuicio de la persona trabajadora, y una vulneración del artículo 9.2 de la CE; todo ello en relación con el artículo 4.2 c) del ET. En segundo lugar, la determinación de riesgos de cada puesto de trabajo es individualizada y así lo exige la LPRL en sus artículos 15 y 16 a) y b) y artículo 4 del Real Decreto 39/1997. Por tanto, los reconocimientos médicos deberán atender a los riesgos específicos al puesto a desempeñar. No cabe la generalización en la aplicación de los mismos. En tercer lugar, la realización de reconocimientos y la gestión de datos contenidos a los mismos deben atender a la confidencialidad. La empresa externa que presta el servicio de prevención será responsable del tratamiento de todos aquellos datos que la persona trabajadora le proporcione en desarrollo de la actividad de prevención de riesgos laborales llevada a cabo por un servicio médico, destinado a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras de las empresas

⁶³ Vid. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/immunity-passports-in-the-context-of-covid-19>.

que son sus clientes, que deberán ser informadas de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados solo en relación con la aptitud de la persona trabajadora para el desempeño del puesto de trabajo; por ello, cualquier cesión de datos conforme a lo previsto en el artículo 22.4 de la LPRL debería realizarse con el consentimiento expreso de la persona trabajadora; lo contrario supondría la vulneración de lo previsto en la LOPD (Informe AEPD de 1 de enero de 2009). El TS ya tuvo la ocasión de manifestarse ante el supuesto de la incorporación de los datos sanitarios a la tarjeta profesional de la construcción realizada en el Convenio colectivo de la construcción en la STS de 27 de octubre de 2010 (rec. 53/2009)⁶⁴. Se denuncia que la tarjeta profesional no es un documento que se limite a acreditar el cumplimiento de las obligaciones de formación por parte de la empresa. Los magistrados estimaron el recurso presentado por los sindicatos ELA y CIG, que habían impugnado el último Convenio colectivo de la construcción al señalar que, para obtener la tarjeta profesional de la construcción, las personas trabajadoras no tienen que aportar el contenido de los informes médicos a los que se someten, como establecía con carácter voluntario el convenio colectivo del sector. El TS consideró que, pese al carácter voluntario de la medida, «no hay ningún interés general que justifique el que se recaben estos reconocimientos médicos confidenciales, se hagan constar en una tarjeta profesional y se remitan a la Fundación Laboral de la Construcción que no tiene una configuración técnico sanitaria».

En el caso de las personas trabajadoras del mar (Castaños Urcullu, 2014; Fotinopoulou Basurko, 2011; Ruano Albertos, 2014), sí se ha establecido un modelo asimilable al de una cartilla sanitaria, establecido por la normativa nacional e internacional y atendiendo al carácter obligatorio del reconocimiento médico, que, además, a diferencia del sistema general, es público y gratuito. Siguiendo las directrices de la OIT en sus Convenios números 16, sobre examen médico de los menores; 73, sobre examen médico de la gente de mar; y 113, sobre examen médico de los pescadores, el Instituto Social de la Marina (ISM) realiza de manera gratuita reconocimientos médicos de embarque marítimo para todas las personas trabajadoras del mar. A diferencia de las propuestas señaladas anteriormente, su obligatoriedad normativa y la realización por una entidad pública habilitada al efecto determinan la capacidad de la persona trabajadora para poder prestar los servicios. En la normativa se regula el contenido del reconocimiento. Estos reconocimientos, que son previos al enrolamiento y de carácter obligatorio, tienen como objetivo garantizar que las condiciones psicofísicas de la persona solicitante sean compatibles con las características de su puesto de trabajo y no supongan peligro para la salud y seguridad de la persona ni del resto de la tripulación. Dichas

⁶⁴ En su fundamento jurídico cuarto *obiter dicta* indica además que:

La única función a la que parece apuntar esa ruptura de la confidencialidad a través de la circulación de los reconocimientos sería el objetivo de evitar la repetición de los informes en caso de rotación (artículo 130 d) del Convenio), lo que es contrario a la doctrina de la STC 70/2009. En segundo lugar, porque el consentimiento del trabajador a la hora de proporcionar esta información puede verse perturbado por las consecuencias que la negativa a aportar los informes pueda tener sobre sus posibilidades de ser contratado a partir de la posible clasificación de los trabajadores distinguiendo entre quienes aportan los reconocimientos y los que no lo hacen.

condiciones tampoco deberán poner en riesgo la navegación marítima. Los reconocimientos médicos son el punto de partida para conocer el estado de salud de la población trabajadora, lo cual supone un importante apoyo ante la eventualidad de que la persona trabajadora precise una asistencia médica a bordo desde las distintas unidades asistenciales que integran el Programa de Sanidad Marítima. El Real Decreto 1696/2007 establece su obligación, lo equipara expresamente al reconocimiento previsto en el artículo 22 de la LPRL y recoge los requisitos para su realización. En cualquier caso, el ISM, en los reconocimientos médicos periódicos previos al embarque, se anticipa a las personas trabajadoras remitiéndoles cartas informativas en las que se les recuerda el vencimiento del anterior reconocimiento y la necesidad de su renovación. El tiempo de vigencia del reconocimiento se determinará en cada caso por el médico que lo realiza en función del estado de salud de la persona reconocida, su edad y la clase de trabajo a efectuar, con el tope máximo de validez de 2 años en general y de 1 si se trata de menores de 21 años o mayores de 50. Respecto a los sistemas de intercambio sanitarios entre profesionales ajenos a los sistemas públicos de salud, para validar pruebas previas y aportar la aptitud del reconocimiento médico ante la empresa, se podrían plantear diversas cuestiones. En primer lugar, la cesión de datos entre servicios de prevención ha de estar sujeta a lo previsto en la LOPD, por tanto, solo puede realizarse con el consentimiento expreso de la persona trabajadora afectada (Informes de la AEPD de 1 y 7 de enero de 2009). En segundo lugar, cuando los reconocimientos son de carácter obligatorio, por las propias características del trabajo, será necesario realizarlos de manera específica respecto al puesto realizado, sin que tengan validez pruebas anteriormente realizadas. Por último, la necesidad de evaluar de manera independiente cada puesto de trabajo hace necesario que el reconocimiento médico deba adaptarse a dichas circunstancias, al no admitir generalización en la realización de pruebas médicas.

8. La protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles y la vigilancia de la salud

El artículo 25 de la LPRL, en relación con el artículo 15 de la Directiva Marco 89/391/CEE, referido a la protección de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos, contiene una regulación genérica mediante la cual obliga a la empresa a garantizar la protección de todas las personas que puedan verse afectadas de forma singular por algún riesgo identificado en el puesto de trabajo, mencionando explícitamente a las personas trabajadoras con características personales o estado biológico conocido; discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida; y estados o situaciones transitorias manifiestas. Si bien cabe apuntar (Gutiérrez Colominas, 2019), respecto a la interpretación de persona trabajadora especialmente sensible, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, Nobel Plastiques) ha señalado que la condición de especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo no significa que de por sí esa persona tenga una discapacidad. Solo está comprendido en el concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, en

el caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras. Para el TJUE corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto principal concurren tales requisitos y si el estado de salud implica una limitación subsumible en el concepto de discapacidad. Por tanto, con el concepto de persona trabajadora especialmente sensible nos referimos a un amplio abanico de situaciones que refleja el principio de adaptación al trabajo. Aunque objeto de una regulación particular, se ha de incluir dentro del grupo de personas trabajadoras especialmente sensibles a los/las menores (característica personal), a la maternidad (estado biológico) y a las personas con discapacidad, sin perjuicio de que puedan ajustarse a esta definición otros supuestos atendiendo a los requisitos fijados en el artículo 25 de la LPRL⁶⁵. Es necesario resaltar que, así como para las discapacidades puede bastar el informe de reconocimiento de la incapacidad por parte del órgano o persona que lo reconoció, en el caso de las características personales o estados biológicos será necesaria una evaluación de la salud de la persona trabajadora o, como sería el caso de la maternidad, la manifestación de dicha característica y la pertinente comprobación por parte de la empresa. Esto nos lleva a considerar la vigilancia de la salud como un instrumento para tratar singularmente a la persona trabajadora y detectar aquellas características personales o estado biológico conocido que las haga especialmente susceptibles a los factores de riesgo existentes en su puesto de trabajo futuro o actual. Para tener conocimiento de dicha sensibilidad se deberá acudir a lo determinado en la evaluación de riesgos, a la comunicación de la persona trabajadora que, conforme al artículo 29.2, 4 y 6 de la LPRL, tiene el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda suponer un peligro para su salud o para la de terceras personas, y mediante la realización de reconocimientos médicos. El conocimiento o detección de una condición física, mental o sensorial en un trabajador o una trabajadora por parte de la unidad de medicina del trabajo requerirá de una evaluación de riesgos adicional, ajustada a dicha especial sensibilidad, tanto objetiva como subjetiva, para determinar si es necesaria (o no) la tutela reforzada. En cualquier caso, es conveniente disponer de un listado de condiciones o características individuales que pueden suponer una especial sensibilidad para todos y cada uno de los riesgos detectados en la evaluación de riesgos de la empresa (NTP 959). En relación con el reconocimiento médico de empresas especialmente sensibles, la duda que se nos plantea es si se trata de un reconocimiento médico de carácter voluntario o de un reconocimiento médico de carácter obligatorio, así como las condiciones

⁶⁵ Como puede ser el caso de personas trabajadoras con alguna discapacidad temporal o permanente no reconocida oficialmente; de edad avanzada; sensibilizadas a determinados agentes; convalecientes o sometidas a ciertos tratamientos médicos; cuyo estado biológico (HTA, diabetes, padecimientos osteomusculares crónicos, tóxico-dependientes, etc.) las convierte en vulnerables; con alguna especial predisposición o susceptibilidad; de escasa experiencia o reciente incorporación al trabajo; a turnos y/o nocturnos; con situaciones familiares conflictivas (violencia doméstica), etc.

de realización de los mismos. En cuanto al tratamiento de datos, la AEPD (Informe jurídico 0240/2009) ha señalado que el artículo 25 de la LPRL:

[...] no supone una ampliación de la información sobre los datos de salud del trabajador, [...] en ningún caso autoriza el acceso por el empresario o terceros ajenos a los profesionales médicos evaluadores de la salud del trabajador a la información contenida en la historia clínica determinante del pronunciamiento de la incapacidad o de la condición de apto o no para un determinado puesto de trabajo, que en aras del respeto al principio de la confidencialidad e intimidad del trabajador, no alcanzará al conjunto de pruebas clínicas que le hubieren practicado, debiendo reflejar los datos necesarios, adecuados y proporcionales para cumplir con la función preventiva que se pretende.

En el caso de personas trabajadoras con discapacidad, sujetas a lo previsto en el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad⁶⁶, aplicable a centros o empresas de atención especializada, centros específicos de educación especial, centros especiales de empleo y cualquier otro centro o entidad que exista o se cree y tenga por objeto y finalidad la atención y asistencia de personas con discapacidad, se prevé en dicho convenio (art. 80) la realización de reconocimientos médicos con carácter obligatorio en los supuestos previstos en el artículo 22 de la LPRL, por lo que, en estos casos, la persona trabajadora se verá obligada a obtener la calificación de apta para poder realizar el trabajo en los centros referidos.

Respecto al resto de supuestos, los reconocimientos solo podrán realizarse de manera voluntaria, salvo las excepciones antes señaladas para los reconocimientos médicos obligatorios. En el caso de la trabajadora en situación de embarazo y lactancia, la vigilancia de la salud deberá ser específica, conforme a los riesgos a los que está sometida. Atendiendo al carácter voluntario de la misma, y conforme a lo que señala la NTP 915, en ningún caso corresponde al área sanitaria del servicio de prevención el seguimiento del embarazo, del posparto o de la lactancia⁶⁷. Sin embargo, sería conveniente conocer la evolución de la salud de la mujer, los posibles problemas o molestias que surgen durante estas etapas y, en el caso del embarazo, las posibles alteraciones que han podido aparecer durante el parto o en el bebé. Para ello, es recomendable establecer, siempre con el consentimiento y a través de la trabajadora en cuestión, una colaboración con el médico que la asiste (NTP 915). Obligar a la trabajadora a someterse a

⁶⁶ Resolución de 27 de junio de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 4 de julio de 2019).

⁶⁷ El artículo 3 del Real Decreto 843/2011 señala que no se incluirá entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a las personas trabajadoras o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas.

un test de embarazo de manera ajena a los protocolos previstos para cada riesgo determinado podría suponer una vulneración de los artículos 14 o 18 de la CE. En cualquier caso, la situación de embarazo no tiene que suponer que sea considerada la trabajadora como no apta, o apta con restricciones⁶⁸, dependerá de cada situación, tipo de actividad y riesgos específicos si puede o no puede realizar una actividad⁶⁹. No podemos olvidar, en cualquier caso, que el artículo 29.4 de la LPRL establece que la persona trabajadora debe informar de inmediato a quien ostente directamente el puesto jerárquicamente superior y a las personas trabajadoras designadas para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud. Si la empresa desconoce el riesgo, y habiendo cumplido con sus obligaciones preventivas, no se le podría imputar responsabilidad por dicha causa (García Testal y López Balaguer, 2012; Núñez González, 2016, p. 119).

9. Responsabilidades derivadas de la falta de vigilancia de la salud

El incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos, la falta de puesta a disposición de la persona trabajadora o la falta de realización de reconocimientos médicos obligatorios determinan, conforme a lo señalado en el artículo 244.2 de la LGSS, una responsabilidad directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora (De Alcántara y Colón, 2015). Si hubiera sido la mutua la responsable de dicho incumplimiento, el artículo 244.3 de la LGSS determina que se le aplicarán las siguientes responsabilidades:

- a) Obligación de ingresar en el Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social, a que se refiere el artículo 97, el importe de las primas percibidas, con un recargo que podrá llegar al 100 % de dicho importe.
- b) Obligación de ingresar, con el destino antes fijado, una cantidad igual a la que equivalgan las responsabilidades a cargo de la empresa, incluyéndose entre tales responsabilidades las que procedan de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164.
- c) Anulación, en caso de reincidencia, de la autorización para colaborar en la gestión.

⁶⁸ Vid. SSTC 17/2003, de 30 de enero, y 161/2004, de 4 de octubre –estiman discriminatorio no facilitar a una mujer embarazada un puesto de trabajo compatible con su situación–.

⁶⁹ Sobre las trabajadoras del mar, *vid.* Fotinopoulou Basurko (2011).

d) Cualesquiera otras responsabilidades que procedan de acuerdo con lo dispuesto en la LGSS y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

Igualmente, en caso de estimarse responsabilidad de la empresa, cabría la aplicación de una sanción grave tipificada en el artículo 12.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS). Respecto a la protección de datos, se considera una infracción muy grave, en el artículo 13.5 de la LISOS, incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras. En materia laboral, se consideran infracción muy grave, en el artículo 8.11 de la LISOS, los actos de la empresa que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de las personas trabajadoras y, en el artículo 8.12 del mismo texto legal, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables. Además, puede proceder un recargo de prestaciones, regulado en el artículo 164 de la LGSS, en el caso de que, habiéndose producido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la falta del reconocimiento médico hubiera contribuido a ello⁷⁰. Si la enfermedad padecida por la persona empleada podría haberse detectado, minimizado o evitado realizando el correspondiente reconocimiento médico y no se ha llevado a cabo, la consecuencia es el pago del correspondiente recargo de prestaciones⁷¹. El mismo supuesto se aplica en caso de enviar a una persona trabajadora a un país extranjero, no bastando con remitir a la misma a las recomendaciones de sanidad; si se ha acreditado un riesgo

⁷⁰ Vid. STS de 18 de mayo de 2011 (rec. 2621/2010) –entiende responsabilidad en el recargo de prestaciones, aunque anualmente en la empresa se llevaban a cabo reconocimientos médicos, sin contener ninguna especificidad relativa a los riesgos de amianto–; STSJ del País Vasco 383/2019, de 19 de febrero –entre otras faltas de medidas de seguridad no se les habían realizado reconocimientos médicos específicos sobre el amianto, en un caso de mesotelioma pleural maligno. Dado que la responsabilidad empresarial deriva de un incumplimiento en materia de normativa de seguridad, procede la imposición a la mercantil de un recargo por falta de medidas de seguridad en porcentaje del 30%, en una tesitura en la que transcurren 4 meses desde el diagnóstico de la enfermedad hasta el fallecimiento de quien fuera trabajador–; STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de noviembre de 2009 (rec. 125/2009) –establecía el recargo por ese incumplimiento en su FD séptimo: la causa eficiente de la enfermedad profesional que determinó la incapacidad temporal del actor, así como de las secuelas que le han quedado tras ser dado de alta médica, fue debida a no haber adoptado la empresa las medidas técnicas de prevención con el fin de reducir el riesgo, toda vez que hubo falta del reconocimiento médico previo a la admisión del trabajador en puestos de riesgo–.

⁷¹ Vid. STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2017 (rec. 3436/2017) –reconoce la imposición del recargo para un supuesto de enfermedad profesional originada por la manipulación de productos fitosanitarios, puesto que el empresario no realizó una evaluación de riesgos específica; no proporcionó a la trabajadora los EPIS necesarios; no la formó e informó ni tampoco realizó los controles médicos que hubieran detectado a tiempo la exposición a los agentes químicos nocivos– y STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de julio de 2010 (rec. 3193/2009) –recargo de prestaciones procedente y reconocimiento de incapacidad permanente total por enfermedad profesional: la evaluación de riesgos no identifica riesgo de exposición continuada al contaminante harina, no se realizan mediciones ni controles médicos previos–.

grave en el país de destino, procede poner todos los medios adecuados para verificar que la persona trabajadora puede desplazarse a dicho lugar⁷².

En cuanto a la posible extensión de responsabilidades en los supuestos de subcontratación existe un deber de vigilancia por parte de la empresa principal del cumplimiento de las obligaciones de las empresas contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que supone una responsabilidad de dicha empresa principal de los incumplimientos de contratistas y subcontratistas, como así se establece en el artículo 42.3 de la LISOS, que indica:

La empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de prevención de riesgos laborales del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal.

En aquellos supuestos en los que se haya infringido la realización de los reconocimientos médicos obligatorios, se entenderá responsable solidariamente a la empresa principal y contratista. Dicha extensión de responsabilidad también se extiende en los supuestos de desplazamiento transnacional de personas trabajadoras en el ámbito de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores, por la que se traspone al derecho español el contenido de la Directiva 96/71/CE. Ello supone que las personas trabajadoras que habitualmente prestan servicios en otros Estados de la UE y que, con carácter temporal, son desplazadas a España para la prestación de un servicio han de tener garantizadas por sus empresas, durante el periodo del desplazamiento, al menos las condiciones de trabajo vigentes en España, por lo que se tendrá que verificar por la empresa principal que se cumple con lo previsto en la normativa de nuestro país.

⁷² Vid. STSJ de Aragón 181/2019, de 26 de marzo –confirma la resolución administrativa sobre imposición del recargo del 30 % a la mercantil actora probado que la empresa no había indicado al trabajador, respecto a su viaje en misión de prestación de servicios laborales a un país con riesgo de contagio de enfermedades endémicas, como el paludismo en Camerún, otra cosa que, a modo de protocolo de seguridad en viajes (hecho séptimo), seguir las recomendaciones contenidas en la web del Ministerio de Asuntos Exteriores español. No es razonable que tal recomendación baste para prevenir el riesgo de un viaje de trabajo a un país extranjero en el que es notoria la posibilidad de contraer enfermedades endémicas, que pueden llevar incluso a la muerte. El desplazamiento laboral a un país con riesgo de enfermedades endémicas precisa que la empresa se asegure de que su trabajador viaja debidamente informado de ese riesgo y adecuadamente protegido. En el caso enjuiciado debió comprobar la empresa que su trabajador había realizado la vacunación oportuna y que conocía el deber de protegerse al máximo en la zona de destino a fin de no contraer la enfermedad de riesgo–.

En el ámbito de las empresas de trabajo temporal (ETT), la vigilancia de la salud está en función de la actividad que debe prestar la persona trabajadora cedida, que deberá serlo en las mismas condiciones que las personas trabajadoras propias de la empresa usuaria. El artículo 28 de la LPRL prevé expresamente que la ETT será la responsable del cumplimiento de las obligaciones de vigilancia de la salud. En cualquier caso, la vigilancia de la salud nunca puede ir más allá de lo establecido en el artículo 22 de la LPRL. Así pues, la obligación de la usuaria de recabar información, y de posponer el inicio de la prestación hasta la acreditación documental, sobre que la persona trabajadora ha sido declarada apta a través de la vigilancia de la salud, también se somete a lo previsto en el artículo 22 de la LPRL. La empresa usuaria deberá informar a la ETT sobre las medidas de vigilancia de la salud⁷³ que deben adoptarse en relación con el puesto de trabajo a desempeñar, especificando si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para la persona trabajadora y su periodicidad. A partir de ahí, la ETT debe cumplir sus obligaciones en materia de vigilancia de la salud, de acuerdo con los artículos 22 y 28 de la LPRL. Es decir: vigilancia obligada en los casos del artículo 22, ofrecimiento de vigilancia en los demás casos, y certificado de aptitud para el puesto de trabajo, cuando se haya hecho. Todo ello requiere una coordinación previa al amparo de lo previsto en los artículos 2, 3.5, 12 y 16 del Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

La indemnización por daños y perjuicios cuando se han hecho reconocimientos médicos anuales y rutinarios, pero no específicos, se ha señalado por el TS⁷⁴ que, aunque se entienda acreditado que anualmente en la empresa se llevaban a cabo reconocimientos médicos, no consta que, como regla, tuvieran alguna especificidad relativa a los riesgos de amianto; pues resulta que ya, y como mínimo, desde el año 1961 los reconocimientos médicos eran obligatorios para todas las empresas que debieran cubrir puestos de trabajo con riesgos

⁷³ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de León 615/2019, de 20 de septiembre –la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción en la que se recoge una infracción prevista en el art. 12.13 de la LISOS en relación con los arts. 22 LPRL y 1, 4, 5 y 7 del Real Decreto 216/1999, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las ETT, sancionando a la empresa usuaria y titular de la instalación. El reconocimiento médico no es voluntario sino obligatorio, entre otros casos, en los puestos de trabajo en que las condiciones pueden constituir un peligro para el mismo. La actividad de matadero industrial está recogida en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y Reglamentación técnico-sanitaria de mataderos, salas de despiece, centros de contratación, almacenamiento y distribución de carnes y despojos, por lo que se ordena su ubicación lejos de núcleos urbanos y estrictos requisitos en cuanto a las instalaciones y vertidos. Los trabajadores de este tipo de instalaciones están especialmente expuestos a enfermedades profesionales derivadas de epizootias o enfermedades infecciosas o parasitarias transmitidas por los animales o sus cadáveres (grupo 3, agente B, subagente 01, del cuadro de enfermedades profesionales). En consecuencia, en este caso, el reconocimiento médico no era opcional sino obligatorio, y al infringir la empresa esa obligación incurrió en los hechos sancionados–.

⁷⁴ Vid. STS de 24 de enero de 2012 (rec. 813/2011).

de enfermedad profesional y específicamente la «asbestosis»⁷⁵. También se ha entendido que el deber de diligencia exigible a la empresa va más allá incluso de las estrictas previsiones legales y reglamentarias en esta materia, por lo que resulta indiferente en este proceso que la empresa pudiese haber cumplido estrictamente las exigencias sobre protección de las personas trabajadoras contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. El mayor o menor cumplimiento de esa normativa reglamentaria podrá ser relevante en orden a resolver sobre el recargo de prestaciones que pudiese haberle sido impuesto a la empresa, pero en modo alguno permite eximir a la empleadora de la responsabilidad civil por daños y perjuicios⁷⁶.

⁷⁵ Vid. STSJ de Galicia de 11 de septiembre de 2017 (rec. 565/2017) –en el caso de un trabajador enfermo de silicosis, establece una indemnización por daños y perjuicios por inhalación de polvo de sílice, al haberse incumplido por la empresa empleadora diversas medidas de seguridad al efecto (facilitación tardía de mascarillas, demora en reconocimientos médicos y ausencia de mediciones del ambiente pulvígeno, entre otros motivos)–; STSJ de Cataluña 7141/2014, de 27 de octubre –procede indemnización por daños y perjuicios en un supuesto de eccema de contacto ocasional en manos con «probable alergia al látex», detectada por el servicio médico de prevención ajeno, manteniéndose a la trabajadora en su puesto de trabajo sin advertir el riesgo al que se estaba exponiendo. Responsabilidad empresarial que (desde la rigurosidad de su análisis) no se ve afectada por la alegada circunstancia de que el servicio de prevención ajeno se hubiera limitado a adoptar, como única medida preventiva, «higiene postural» o que en los distintos reconocimientos médicos (algunos posteriores a su diagnóstico) se hubiera declarado a la trabajadora «apta para la realización de las funciones de su categoría profesional como enfermera» sin limitación de clase alguna–.

⁷⁶ Vid. STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2012 (rec. 5033/2010) –indemnización por daños y perjuicios. No bastaba solo con haber vacunado al actor contra las enfermedades tropicales conocidas que disponen de vacuna, ni con haberle informado adecuadamente de los riesgos, sino que era también necesario agotar todas las posibilidades de diagnóstico que permitieran establecer la existencia de un posible primer episodio de dengue antes de enviarlo a la India, teniendo en cuenta el hecho de que el actor ya había trabajado anteriormente en muchos países tropicales en los que existe el riesgo de contraer esa enfermedad–.

Referencias bibliográficas

- Alcántara y Colón, José Miguel de. (2015). Incumplimiento de los reconocimientos médicos laborales previos y periódicos. Los efectos de los artículos 196 y 197 de la LGSS: responsabilidad empresarial. Algunas notas. *Revista de Información Laboral*, 12, 51-61.
- Alegre Nuño, Manuel. (15 de abril de 2019). La incidencia de la Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales en el tratamiento de los datos relativos a la salud de los trabajadores. *ElDerecho.com*. <https://elderecho.com/la-incidencia-la-ley-proteccion-datos-personales-garantia-los-derechos-digitales-tratamiento-los-datos-relativos-la-salud-los-trabajadores>.
- Bernardo Jiménez, Ignacio. (2002). Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 5, 1.149-1.166.
- Carrizosa Prieto, Esther. (2013). Obligatoriedad de los reconocimientos médicos, consentimiento informado y protección de datos de los trabajadores. STSJ Extremadura (Sala de lo Social), Sección Primera núm. 44/2013, de 5 de febrero. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 121, 231-244.
- Castaños Urcullu, Amaia. (2014). La vigilancia de la salud en el ámbito marítimo (II): aspectos prácticos en relación con el reconocimiento médico previo al embarque. En Olga Fotinopoulou Basurko (Coord.), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar* (pp. 577-590). Gomylex.
- Fernández-Costales Muñiz, Javier. (2009). *La vigilancia de la salud de los trabajadores*. Eolas.
- Fernández Domínguez, Juan José. (2015). *Análisis de la problemática derivada del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral*. CEOE, DL.
- Fotinopoulou Basurko, Olga. (2011). La detección de embarazo de la mujer marino en el contexto del reconocimiento médico previo al embarque. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 21(3), 69-93.
- García Testal, Elena y López Balaguer, Mercedes. (2012). *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Tirant lo Blanch.
- Gómez Arbós, Juan. (2013). La integración de la seguridad vial en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. *Revista de Derecho Social*, 63, 95-120.
- Gómez Mur, María Pilar. (2010). Exámenes de vigilancia de la salud, fuentes de información para políticas de salud en la empresa. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales. Integración y Desarrollo de la Gestión de la Prevención*, 71, 60-61.
- González Díaz, Francisco Antonio. (2011). Una interpretación sobre los límites a la realización de reconocimientos médicos a los trabajadores. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 7(4), 61-72.
- Gutiérrez Colominas, David. (2019). La difusa frontera entre la protección antidiscriminatoria por razón de discapacidad y la protección de la seguridad y salud en el trabajo de las personas especialmente sensibles. Comentario de la STJUE de 11 de septiembre de 2019, DW, C-397/18, EU: C-2019-703. *Revista de Derecho Social*, 87, 131-139.
- López Ahumada, José Eduardo. (2010). *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales: protección jurídico-laboral*. Marcial Pons.
- Martínez Fons, Daniel. (2004). La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 5, 403-420.
- Marzo Portera, Ana. (18 de marzo de 2020). La inoportuna doctrina de las autoridades europeas de protección de datos frente al

- Covid-19. *Expansión*. <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/18/la-inoportuna-doctrina-de-las-autoridades-europeas-de-proteccion-de-datos-frente-al-covid-19/>.
- Meléndez Morillo-Velarde, Lourdes. (2004). *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*. Aranzadi.
- Mercader Uguina, Jesús Rafael. (21 de abril de 2020). ¿Quién puede controlar la temperatura de los trabajadores? Comenzando a pensar en el desescalado. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/04/quien-puede-controlar-la-temperatura-de.html>.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2016). El modelo regulador de las adicciones en los ambientes de trabajo en España: contradicciones y propuestas de cambio. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 134, 107-128.
- Molina Navarrete, Cristóbal; Miñarro Yanini, Margarita; García Jiménez, Manuel y Gil Domínguez, Ramón. (2018). *La prevención del riesgo de adicciones en el medio laboral: obligaciones, recomendaciones y buenas prácticas. Claves para una nota técnica preventiva –NTP– del Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo –INSSBT–*. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC.
- Muñoz Ruiz, Ana B. (25 de noviembre de 2020). Cámaras termográficas y datos de carácter personal de los empleados: un problema legal provocado por la pandemia. *El Foro de Labos*. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/11/camaras-termograficas-y-datos-de.html>.
- Navarro Nieto, Federico. (2012). Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 11(4), 151-166.
- Núñez González, Cayetano. (2016). El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales. *Revista de Derecho Social*, 75, 101-120.
- Pedrosa Alquézar, Sonia Isabel. (2005). *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*. Consejo Económico y Social.
- Pérez Capitán, Luis. (2007). La presencia de alcohol en el trabajador en el accidente laboral: una solución conflictiva. *Justicia Laboral. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 32, 59-88.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. (2019). Las facultades de control de datos biométricos del trabajador. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 150, 91-109.
- Ruano Albertos, Sara. (2014). La vigilancia de la salud en el ámbito marítimo (I): el reconocimiento médico previo al embarque. Su tratamiento normativo. En Olga Fotinopoulou Basurko (Coord.^a), *La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar* (pp. 527-576). Gomylex.
- Sala Franco, Tomás y Arnau Navarro, Francisco. (1996). *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch.
- San Martín Mazzucconi, Carolina. (2004). La vigilancia de la salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 53, 181-202.
- Serrano García, Juana María. (2010). El derecho a la intimidad en los reconocimientos médicos de la LPRL desde los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales. Integración y Desarrollo de la Gestión de la Prevención*, 72, 24-30.
- Toscani Giménez, Daniel. (2012). Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 3, 17-61.