



# El controvertido principio de voluntariedad de la vigilancia de la salud en el ámbito laboral

## THE CONTROVERSIAL PRINCIPLE OF VOLUNTARY HEALTH SURVEILLANCE IN THE WORKPLACE

José Manuel Sánchez Torrado

Universidad de Sevilla

[jmsanchez\\_753@hotmail.com](mailto:jmsanchez_753@hotmail.com)  0000-0002-4974-8103

Recibido: 02 de noviembre de 2022 | Aceptado: 02 de diciembre de 2022

### RESUMEN

La vigilancia de la salud, a través de los reconocimientos médicos, se considera uno de los instrumentos más relevantes para velar por la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Si bien, la conexión entre vigilancia de la salud y los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, unido al interés empresarial por cumplir la obligación de garantizar la vigilancia de la salud, provoca una alta conflictividad, que se ha visto incrementada por el surgimiento de nuevos riesgos emergentes en el ámbito laboral. En este sentido, los riesgos relacionados con la pandemia, la implantación de la digitalización e inteligencia artificial en las organizaciones productivas dota de mayor protagonismo la vigilancia de la salud y nos obliga a analizar la efectividad del marco normativo ante los nuevos riesgos y desafíos para la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

### ABSTRACT

Health surveillance, through medical examinations, is considered one of the most relevant instruments to ensure the safety and health of workers. Although the connection between health surveillance and the fundamental rights of workers, together with the business interest in complying with the obligation to guarantee health surveillance, causes a high level of conflict, which has been increased by the emergence of new emerging risks in the workplace. In this sense, the risks related to the pandemic, the implementation of digitization and artificial intelligence in productive organizations give health surveillance a greater role and force us to analyze the effectiveness of the regulatory framework in the face of new risks and challenges for the safety and health of workers.

### PALABRAS CLAVE

Vigilancia de la salud  
Riesgos laborales  
Derechos fundamentales

### KEYWORDS

Health surveillance  
Labor risks  
Fundamental rights

## I. PRELIMINAR

Con carácter preliminar, y dado que la cuestión objeto de estudio puede ser analizada desde diferentes perspectivas por su complejidad, consideramos conveniente indicar que el presente trabajo se compone de tres partes diferenciadas, pero relacionadas entre sí, todas relativas a la vigilancia de la salud en el trabajo.

En el primer y segundo apartado procedemos a hacer una breve referencia a la base normativa del derecho-deber de la vigilancia de la salud y a su naturaleza jurídica. Posteriormente, en tercer lugar, traemos a colación la doctrina judicial reciente relacionada con la temática referida, realizando una distinción temporal entre la comprendida antes de la pandemia del covid-19 y durante el inicio de la misma.

La doctrina judicial analizada en el apdo. 4 analiza no solo un conflicto entre derechos de la parte trabajadora (derecho a la salud y derechos fundamentales, especialmente derecho a la intimidad), sino entre derechos de los trabajadores y el interés de la empresa por cumplir su deber de seguridad.

Del análisis de la doctrina referida, y adelantando una de las conclusiones que se puede extraer del presente trabajo, podemos colegir que la situación de pandemia ha puesto en evidencia que el interés por vigilar la salud en el trabajo no es exclusivo de la empresa, materializado en un deber, sino que también deben tener un protagonismo activo los titulares de ese derecho a la vigilancia de la salud, esto es, las personas trabajadoras. En este sentido, podría ser adecuada una reformulación legislativa para que la materialización de este derecho no quede sólo a expensas de la empresa, y a su criterio, en cuanto a la periodicidad y métodos, sino que también pueda ser exigido por la parte trabajadora, a fin de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo ante nuevos riesgos y desafíos para la salud caracterizados por la necesidad de una actuación rápida.

## II. BASE NORMATIVA DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LAS PERSONAS TRABAJADORES

### 2.1. Normativa general que fundamenta la vigilancia de la salud

Como ya hemos anunciado, el derecho a la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras deriva del derecho a la protección de la seguridad y salud, que entronca con el derecho a la vida reconocido por el art. 15 de la Constitución Española (CE en adelante), además de constituir un mandato constitucional a los poderes públicos (arts. 40 y 43 CE), y un compromiso internacional<sup>1</sup>.

---

1. Compromiso internacional materializado, entre otros, por nuestra pertenencia a la UE y por la firma de convenios internacionales. Respecto al ámbito europeo conviene destacar la Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE). Por su parte, en el ámbito internacional, podemos destacar la ratificación del Convenio 155 OIT y de la Carta Social Europea (art.3 y 11) entre otros.

En efecto, nuestra Carta Magna en su art. 40 prevé que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y en su art. 43 se reconoce el derecho a la protección a la salud. Asimismo, en el ámbito normativo constitucional, por su estrecha relación con el derecho a la vigilancia de la salud podrían citarse el principio interpretativo constitucional de la dignidad y los derechos fundamentales relativos a la igualdad, intimidad, protección de datos e integridad física (arts. 10, 14, 15, 18.1 y 18.4 CE)<sup>2</sup>.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante) en su art. 4 recoge los siguientes derechos relacionados con el derecho a la vigilancia de la salud: a no ser discriminado por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate; a la integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales; y, por último, al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a la discapacidad. Asimismo, según el art. 5 ET, se considera un deber laboral del trabajador observar las medidas de prevención de riesgos laborales que se adopten<sup>3</sup>.

En el mismo orden de cosas, el art. 19 ET, relativo a la seguridad y salud, indica que “El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. Asimismo, el precepto anterior, prevé que “El trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo”. Por tanto, podemos observar como la seguridad y la salud constituye un derecho-deber de las personas trabajadoras.

## 2.2. Normativa específica de la vigilancia de la salud: art. 22 LPRL

La vigilancia de la salud, concretamente, encuentra su regulación en el art. 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL en adelante)<sup>4</sup>. Aunque recomendamos la lectura completa del precepto, el presente análisis lo realizamos en particular sobre los apartados primero y segundo del citado precepto. En los apartados referidos se pone de manifiesto el objetivo del precepto, los derechos susceptibles de entrar en colisión con la vigilancia de la salud y la fórmula legal elegida para gestionar el posible conflicto.

2. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

3. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 255, de 13 de noviembre de 2015, pp. 100224 a 100308. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

*Vid. et.* Art. 29.2 LPRL relativo al deber del trabajador de «cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

4. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. *Boletín Oficial del Estado*, 269, de 10 de febrero de 1996, pp. 32590 a 32611. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-24292-consolidado.pdf>

En este sentido, el 22 LPRL indica lo siguiente:

1. *“El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de sus estados de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgo específico y actividades de especial peligrosidad. En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.*
2. *Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”.*

Por tanto, a nuestro juicio, la norma referida a fin de garantizar la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, consciente de la sensibilidad de la materia y de la relación que guarda con otros derechos fundamentales, establece un deber empresarial de garantizar la vigilancia periódica de la salud de los trabajadores, la necesidad del consentimiento de la parte trabajadora y tres excepciones a la necesidad de consentimiento –previo informe de los representantes de los trabajadores– en atención al incremento del riesgo inherentes al trabajo. Asimismo, para el supuesto de que se realice el reconocimiento –por prestar el consentimiento o por la concurrencia de alguna de las excepciones– el precepto establece una serie de garantías a fin de que reconocimiento sea conforme a la ley: menores molestias para el trabajador y proporcional al riesgo; respeto al derecho a la intimidad, a la dignidad y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud; prohibición de usar los datos con fines discriminatorios; limitación de acceso a los datos de salud al personal médico y a las autoridades sanitarias, salvo las conclusiones del reconocimiento de salud en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o mejora de medidas de protección y prevención<sup>5</sup>.

---

5. En relación al contenido previsto en el último apartado, relativo a los datos relativos a la salud, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el RGPD y en la LOPD que considera los datos relativos a la salud dentro de las categorías especiales de datos, si bien por motivos de extensión evitaremos hacer consideraciones al respecto. En este sentido, Vd.: Agencia Española Protección de Datos, La protección de datos en las relaciones laborales, mayo de 2021. Versión electrónica, disponible en (<https://www.aepd.es/es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales.pdf>).

### III. LA NATURALEZA COMPLEJA DEL DERECHO A LA VIGILANCIA DE LA SALUD

Entre el conjunto de derechos que prevé la normativa de prevención de riesgos laborales, la vigilancia de la salud se constituye como un derecho concreto de la persona trabajadora encaminado a hacer efectivo su derecho a la protección de la salud y seguridad. Por el contrario, desde la perspectiva empresarial, el derecho referido conlleva explícitamente –según la normativa– la obligación del empresario de garantizar la vigilancia de la salud. Si bien la mayoría de los derechos de los trabajadores suponen, a sensu contrario, la obligación de la empresa como, por ejemplo, el derecho al salario; en el caso del derecho a la vigilancia del empresario nos encontramos ante un derecho de naturaleza compleja por la existencia de los siguientes elementos:

En primer lugar, el derecho referido como queda de manifiesto en el art. 22 LPRL, presenta una vinculación directa con el valor constitucional de la dignidad y con otros derechos fundamentales de la persona trabajadora: igualdad, integridad física, intimidad y protección de datos. Asimismo, el derecho a la vigilancia de la salud, puede llegar a comprometer el derecho al trabajo dado que a través del reconocimiento médico el trabajador puede obtener la declaración de «no apto»<sup>6</sup>.

En segundo lugar, en base a la segunda excepción al principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos, el derecho referido extiende su ámbito protector al resto de los trabajadores y del personal relacionado con la empresa.

En tercer lugar, la vigilancia de la salud, además de considerarse un derecho para las personas trabajadoras, se constituye como un deber de éstas en los supuestos en los que concurra las excepciones al requisito del previo consentimiento de la parte trabajadora, del art. 22 LPRL, cuyo incumplimiento legitima la facultad disciplinaria del empresario (arts. 5, 19 y 54.2. b del ET y por el art. 29 LPRL).

Por último, y sin perjuicio de otros elementos adicionales, consideramos que la existencia de un potencial riesgo discriminatorio del empresario a través de la información obtenida a través del art.22 LPRL, a pesar de las garantías legales de este derecho-deber, dota al derecho a la vigilancia de la salud de una especial sensibilidad y naturaleza compleja.

Por tanto, en base a los cuatro elementos referidos el derecho a la vigilancia de la salud de la persona trabajadora presenta una naturaleza compleja, siendo susceptible de colisionar con otros derechos, también con el deber de seguridad a cargo de la empresa, y el derecho a la seguridad en el trabajo de otras personas trabajadoras. Por este motivo, la aplicación del derecho previsto en el art. 22 LPRL provoca una importante litigiosidad de casuística variada. A continuación, nos centraremos en algunos pronunciamientos judiciales que dan muestra de la naturaleza compleja del derecho a la vigilancia de la salud, de la litigiosidad derivada de la misma y de los diferentes intereses en juego.

6. STSJ, Sala de lo Social, de la Comunidad Valenciana de 15 de julio de 2015 (AS 2016/111).

## **IV. DOCTRINA JUDICIAL RELATIVA A LA VIGILANCIA DE LA SALUD ANTERIOR A LA PANDEMIA Y CON OCASIÓN DE ÉSTA**

Seguidamente, abordaremos la doctrina judicial reciente relativa al principio de voluntariedad de la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras y la concurrencia de las excepciones legales a dicho principio. Hemos considerado de interés acotar temporalmente la doctrina judicial referida, que encuentra su base normativa principalmente en el art. 22. apdo. 1 y 2 LPRL, antes de la pandemia y durante la misma a fin de observar la eficacia e interpretación del precepto en contextos tan diferentes de riesgo para la salud individual o la colectiva.

Como comprobaremos a continuación, el conflicto referido se concreta en la negativa de la persona trabajadora a la realización del reconocimiento médico alegando el principio de voluntariedad y, principalmente, su derecho a la intimidad. No obstante, la parte empresarial sostiene la concurrencia de una excepción que obliga al empresario a llevar a cabo la vigilancia de la salud a fin de garantizar la prescripción del art. 22 LPRL. En este sentido, los tribunales deben pronunciarse sobre qué derecho prevalece ante el conflicto: el derecho a la intimidad de la persona trabajadora o el derecho a la protección de la seguridad y salud, derecho que a la vez supone un correlativo deber legal de seguridad respecto de las empresas (art.14.1 LPRL).

### **4.1. Doctrina judicial reciente anterior a la pandemia**

Si bien hubiese sido de interés exponer los supuestos de hecho de las resoluciones judiciales analizadas, dado el carácter casuístico de la temática, debido a la limitación de espacio procedemos directamente a exponer de forma sintética la doctrina judicial relativa al art. 22.1 LPRL, que analiza el objetivo perseguido por el mismo. Para resolver la controversia indicada anteriormente, la doctrina judicial reciente aborda las siguientes materias: el principio de voluntariedad y el alcance de las excepciones al mismo en relación con el derecho a la intimidad; el consentimiento; la finalidad de la vigilancia de la salud; la función de la negociación colectiva; y la relación entre el reconocimiento médico amparado en el art. 22 LPRL y los reconocimientos exigidos a fin de obtener o mantener el certificado de profesionalidad exigido para el desempeño en algunas profesiones y puestos de trabajo<sup>7</sup>.

---

7. Aunque este texto se sustente en la doctrina judicial reciente, conviene señalar que la anterior sigue la misma línea prevista en la STC, Sala Primera, de 15 de noviembre de 2004 (RTC 2004/196), no percibiéndose ninguna modificación reseñable.

## A. La gestión del conflicto entre el derecho a la intimidad y la seguridad y salud a través del principio de voluntariedad y sus excepciones

La doctrina judicial cuando se enfrenta a la cuestión relativa a la legalidad de un reconocimiento médico sin consentimiento del trabajador, en primer lugar, observa la naturaleza del referido reconocimiento a fin de comprobar una posible vulneración del derecho a la intimidad.

Según la STS, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018/1257), la protección del derecho a la intimidad provoca la aparente paradoja de que el cumplimiento empresarial de la obligación de la vigilancia de la salud requiera, al menos en su carácter general, del consentimiento del trabajador. Así, en base al principio de voluntariedad del art. 22 LPRL el trabajador es libre a la hora de someterse al control médico o no y, también, lo es para decidir a qué pruebas, de entre las varias que se pueden realizar, desea someterse y cuáles no. Según la STC, Sala Primera, de 15 de noviembre de 2004 (RTC 2004/196) la regla general tiene una clara base constitucional a tenor de la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y los derechos fundamentales como el de la intimidad personal. Por ello, para llevar a cabo un control de la vigilancia de la salud se requiere la conformidad libre, voluntaria e informada de la persona trabajadora.

Sin embargo, según el TS, el principio de voluntariedad no implica la existencia de un derecho absoluto a mantener un estado de opacidad de las condiciones de salud del individuo. La norma que protege la intimidad impone, al mismo tiempo, sacrificios a la misma cuando la negativa a someterse a reconocimientos médicos puede colisionar con otros derechos básicos y fundamentales o con otros bienes jurídicamente protegidos. En este sentido, debe primar el derecho a unas condiciones de salud y seguridad en el medio laboral, que permita garantizar un trabajo sin riesgos, cuando para ello, se revele el reconocimiento médico como imprescindible<sup>8</sup>. El criterio judicial interpreta de este modo las excepciones del art. 22.1 LPRL al principio de voluntariedad, las cuales considera que deben ser interpretadas restrictivamente y en función de los riesgos inherentes a la actividad.

Acerca de las excepciones del art. 22 LPRL, la doctrina judicial interpreta el carácter ambiguo del texto legal, realizando unas precisiones sobre las mismas.

Respecto a la primera excepción, la doctrina indicada sostiene que la palabra “imprescindible” conlleva que el reconocimiento se llevará a cabo cuando este sea el único procedimiento imprescindible para evaluar los riesgos que afecten a la salud del trabajador, excluyendo los supuestos en que el reconocimiento sea conveniente, útil o recomendable<sup>9</sup>.

---

8. Según el TC, cabe la limitación al derecho a la intimidad, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el legítimo fin y sea proporcionada para alcanzarlo, y además sea respetuosa con el contenido esencial del derecho [SSTC de 28 de febrero de 1994 (RTC 1994/57), SSTC de 9 de mayo de 1994 (RTC 1994/143) y SSTC de 14 de febrero de 2005 (RTC 2005/95)].

9. STS, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018/1257).

En cuanto a la segunda excepción, la misma doctrina judicial referida, sostiene que el derecho del trabajador afectado a negarse al reconocimiento cede y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros que no pueden verse afectados por la indolencia del trabajador renuente.

Respecto a la tercera excepción, la doctrina analizada incluye como actividades de especial peligrosidad la ejercida por los vigilantes y escoltas de una empresa de seguridad, los conductores de pasajeros, puestos relacionados con la circulación de trenes o vehículos ferroviarios y trabajadores en altura. Si bien, la doctrina judicial rechaza la naturaleza referida para el personal de taller con exposición al ruido, vibraciones y productos químicos, debido a que la empresa alega el peligro de forma vaga y genérica, sin desplegar una actividad probatoria que permita demostrar la efectiva exigencia de un riesgo cierto y objetivable<sup>10</sup>.

## **B. Distinción entre el consentimiento y reconocimiento**

Otro de los aspectos analizados en sede judicial es el relativo a la distinción entre el consentimiento del trabajador para la realización del análisis médico y el carácter obligatorio de dicho reconocimiento. A este respecto, destacamos la STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 13 de junio de 2017 (JUR 2017/224354), según la cual una cosa es que se pida autorización al trabajador antes del reconocimiento por tratarse de una invasión de la intimidad y otra es que el reconocimiento tenga la naturaleza de voluntario u obligatorio, ya que la negativa al reconocimiento en el primer caso no genera consecuencias negativas, mientras que en el segundo caso la negativa injustificada puede generar consecuencias disciplinarias. En este sentido, se afirma en la citada sentencia que el empresario debe de proponer los reconocimientos médicos, pudiendo el trabajador aceptar o rechazar su práctica. Sin embargo, los reconocimientos dejan de ser voluntarios para el trabajador cuando concurre alguna de las excepciones previstas en el art. 22 LPRL.

## **C. Información requerida en supuestos de reconocimientos obligatorios**

En base a lo indicado anteriormente, la concurrencia de un reconocimiento obligatorio no exime del consentimiento. En este sentido, según el STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2019 (AS/2019/2079) cuando concorra la obligatoriedad del reconocimiento, se requiere no solo la información expresa a los trabajadores de aquellas pruebas que se van a realizar, sino además el acceso a aquél conocimiento del contenido y alcance de la detección del tipo de pruebas practicadas, de sus eventualidades y contingencias en la salud que se pueda realizar y en función de los exámenes, historias

---

10. *Vd.* STS, Sala de lo Social, de 7 de marzo de 2018 (RJ 2018/1257) STS, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2019 de unificación de doctrina (RJ/2019/653) y STSJ, Sala de lo Social, de País Vasco de 14 de mayo de 2019 (AS/2019/2079).



clínicas laborales o estudios complementarios, que describan no solo las medidas de prevención adoptadas sino también los datos.

#### **D. Finalidad de la vigilancia de la salud**

La doctrina judicial, a fin de pronunciarse sobre la legalidad de los reconocimientos obligatorios, observa si se cumple la finalidad prevista en el art. 22 LPRL. En este sentido, la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2021 (JUR/2021/320514) sostiene que la finalidad de los reconocimientos médicos no es la de ser un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que le permita verificar la capacidad profesional o la aptitud de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Por el contrario, afirma que el eje del artículo referido descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud<sup>11</sup>.

#### **E. Función de la negociación colectiva en relación a la vigilancia de la salud**

En relación al papel de los convenios colectivos respecto a los reconocimientos médicos, la STSJ de País Vasco, Sala de lo Social, de 14 de mayo de 2019 sigue la doctrina inicial prevista en la STC, Sala Primera, de 15 de noviembre de 2004 (RTC 2004/196) según la cual los convenios no pueden configurar como obligatorios reconocimientos que no los son por ley, ni siquiera pueden especificar una caracterización contraria a las directrices de la normativa. Asimismo, según la STS, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007/1503) no se vulnera el derecho a la intimidad personal por el establecimiento de determinadas obligaciones de sometimiento a exámenes médicos con carácter incluso previo a la contratación laboral, siempre y cuando exista la suficiente justificación y no suponga un sacrificio desproporcionado a la finalidad perseguida.

#### **F. El previo informe de los representantes de los trabajadores y de la existencia de reconocimientos médicos adicionales al previsto en el art. 22 LPRL para obtener o mantener el certificado de profesionalidad**

Para que la empresa pueda aplicar algunas de las excepciones de las previstas en el art. 22 LPRL, la norma exige el previo informe al respecto por parte de los representantes

---

11. En la sentencia referida se declara la nulidad de los resultados de «no apto» derivada de un reconocimiento médico efectuados antes de la contratación después de que el trabajador hubiese superado un proceso selectivo. El TSJ, basándose –entre otros argumentos– en la finalidad de los reconocimientos, sostiene que se le ha denegado sin que conste los requerimientos psicofísicos de dicho puesto, ni los riesgos del mismo, ni tampoco las limitaciones que padece el actor sea incompatible o le limite para su desempeño o suponga un riesgo para clientes, trabajadores o para él mismo, habiéndose desvirtuado que padezca cualquier alteración de la visión cromática, por lo que se desestima el recurso.

de los trabajadores. Según la doctrina judicial, la naturaleza del informe es preceptivo pero no vinculante, es decir, la falta de solicitud de dicho informe impide el establecimiento de un reconocimiento médico obligatorio. Si bien, el sentido negativo no impide el establecimiento siempre que concurra las causas legales previstas<sup>12</sup>.

### **G. La relación entre el reconocimiento previsto en el art. 22 LPRL y los reconocimientos médicos en el marco de la obtención o mantenimiento del certificado de profesionalidad**

Finalmente, en base a la reiterada doctrina, la exigencia de reconocimiento para el mantenimiento o la obtención del certificado de profesionalidad no sustituye los reconocimientos previstos en el art. 22 LPRL, ya que aquellos no prevén los riesgos laborales propios del puesto de trabajo en concreto. En sentido contrario, la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 5 de julio de 2019 (AS 2019/1871) sostiene que la resolución del INSS sobre una solicitud de incapacidad permanente total conlleva la ausencia de necesidad del establecimiento de un reconocimiento obligatorio tras la incorporación de una incapacidad temporal.

#### **4.2. Doctrina judicial reciente durante la pandemia**

La irrupción de la pandemia mundial derivada del covid-19 por sus graves efectos sobre la salud de las personas, especialmente las vulnerables, y su rápida transmisión incrementó exponencialmente el riesgo en todos los ámbitos sociales, incluido el riesgo inherente al trabajo con especial intensidad en algunos sectores como el sanitario.

El incremento del riesgo ha provocado un aumento de la litigiosidad en relación al derecho a la vigilancia de la salud como se constata de forma evidente en el número de resoluciones judiciales. Con la irrupción de la pandemia, especialmente en la fase más intensa de la misma, surgen necesidades de naturaleza urgente relativas a la seguridad y salud de las personas trabajadoras que parecen desbordar la normativa vigente. La referida ineficacia de la normativa ordinaria para dar respuesta a los desafíos derivados de la pandemia se constata en la abundante y profusa actividad normativa durante el inicio y transcurso de la pandemia.

Si bien los supuesto litigiosos típicos antes de la pandemia venían consistiendo en la resistencia de las personas a someterse a la vigilancia de la salud, tras el inicio de la pandemia se detectan supuestos en los que la parte trabajadora solicita la realización de controles médicos a fin de garantizar su seguridad y salud en el trabajo.

En este sentido, la STS, Sala de lo Social, de 20 de mayo de 2021 (RJ 2015/2488) sostiene que la empresa de servicio de ambulancia no está obligada por ninguna normativa vigente a la fecha de interposición de la demanda a realizar test de detección de

12. STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2008 (AS 2008/1376).

la enfermedad de covid-19 a los trabajadores en los términos que dispone la sentencia recurrida. A este respecto, el TS manifiesta que tanto la demanda como la sentencia recurrida amparan sus razonamientos en los genéricos deberes de protección de la salud que impone la normativa anterior a la pandemia sin entrar a analizar las abundantes y dispersas normas sanitarias que han venido dictándose durante la pandemia<sup>13</sup>.

Por lo tanto, aunque el art. 22 LPRL no es objeto de análisis en la sentencia referida, se podría deducir de tal ausencia que el artículo referido resulta insuficiente para dar respuestas a la demanda de seguridad y salud de las personas trabajadoras ante riesgos de carácter urgente que exigen la realización de controles médicos en un breve plazo de tiempo y, en algunas circunstancias, con cierta regularidad. En efecto, se observa que el art. 22 LPRL configura la vigilancia de la salud como un deber de la empresa, como sujeto activo de una obligación de hacer, en tanto que a la parte trabajadora le asigna un papel pasivo, como sujeto titular de un derecho que deberá ser realizado por la empresa. En otras palabras, la parte empresarial es la que propone el reconocimiento médico y la persona trabajadora la que consiente o rechaza la propuesta. Por este motivo, se pone de manifiesto la limitación del precepto referido para que la parte trabajadora solicite, en un contexto donde concurre un riesgo evidente, la realización de un control médico en un breve plazo de tiempo que le permita realizar la prestación de servicio garantizando su seguridad y salud en el trabajo.

No obstante, a pesar de lo referido anteriormente, durante la pandemia la controversia más recurrente o típica presentada ante los tribunales sigue siendo la relativa al conflicto entre el derecho a la intimidad e integridad física y el derecho a la salud, siendo el art. 22 LPRL uno de los artículos aplicable a la controversia. En este sentido, resulta recurrente la negativa del personal sanitario a someterse a pruebas de diagnóstico covid-19 establecidas con carácter obligatorio por la empresa para proteger el derecho a la salud de los trabajadores y, especialmente, de los residentes (personas especialmente vulnerables).

Seguidamente, traemos a colación tres pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores de Justicia de fechas muy próximas donde se constata una doctrina contradictoria al respecto.

En primer lugar, tanto la STSJ, Sala de lo Social, de Galicia de 4 de julio de 2022 como la STSJ, Sala de lo Social, del Principado de Asturias de 12 de julio de 2022, ambas con supuestos de hechos muy similares, declaran la nulidad del despido basado en la oposición de la parte trabajadora a realizarse pruebas de diagnóstico de covid-19, mediante la técnica PCR.

Las sentencias referidas siguen la doctrina de la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 19 de agosto de 2021 (RJ 2021/3994) que sostiene que la realización periódica de pruebas de antígenos implica una clara incidencia en el derecho fundamental a la intimidad personal y, por ende, para su exigencia debe de exigirse la justificación de la medida y la observancia del principio de proporcionalidad. Las anteriores sentencias

13. En este sentido, Vd. et. STS, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2021 (RJ 2021/664) y la STS, Sala de lo Social, 22 de abril de 2021 (PROV 2021/142410).

sostienen que la “ratio decidendi” es la ausencia de datos suficientes sobre la incidencia y la evolución de la pandemia en las residencias y centros, por lo cual no se constata la necesidad y adecuación de las pruebas referidas<sup>14</sup>.

En relación con el art. 22 LPRL, las sentencias analizan si se cumplen las exigencias de legales, en concreto, la solicitud del informe previo de los representantes de los trabajadores. Si bien, ambas sentencias destacan que los protocolos que prevén la obligatoriedad de los PCR carecen de eficacia normativa y, por tanto, no pueden limitar derechos fundamentales. Asimismo, ambas sentencias tras realizar el juicio de proporcionalidad declaran vulnerado el derecho a la intimidad debido a la omisión de datos necesarios para justificar la realización de las pruebas referidas. A este respecto, las sentencias referidas sostienen que los criterios de precaución y prudencia no son suficientes para restringir derechos fundamentales.

Por todo lo expuesto, las sentencias referidas declaran la nulidad de los despidos por no someterse la parte trabajadora a las pruebas covid-19, dado que el establecimiento obligatorio de las mismas supone una vulneración de derecho a la intimidad.

Sin embargo, la STS, Sala de lo Social, de Cataluña de 18 de julio de 2022 (JUR 2022/297426), en un supuesto de hecho similar a los anteriores, declara la no vulneración de derecho fundamental a la integridad física por la imposición al trabajador de la realización de un PCR, puesto que la referida prueba supera el juicio de proporcionalidad<sup>15</sup>.

Por tanto, observamos la existencia de disparidad doctrinal entre los Tribunales Superiores de Justicia ante supuestos de hecho muy similares, desconociendo actualmente la existencia de una sentencia del Tribunal Supremo que unifique la doctrina indicada.

## V. CONCLUSIONES

Para finalizar, en atención al contenido previamente expuesto, podemos sintetizar las siguientes conclusiones.

Primero.- la vigilancia de la salud, a través de los reconocimientos médicos, se considera uno de los instrumentos más relevantes para velar por la seguridad y salud de las personas trabajadoras, constituyendo un derecho-deber de las personas trabajadoras y una obligación de las empresas.

Segundo.- En relación al derecho a la vigilancia de la salud, observamos un conflicto tradicional y un conflicto más novedoso, este último, derivado de la irrupción de nuevos

---

14. Según la sentencia para observar si la medida resulta proporcionable resulta ponderable las circunstancias personales y laborales del demandante: categoría profesional, lugar de trabajo y entorno de trabajo y las circunstancias de las personas con las que se relaciona.

15. En relación al juicio de proporcionalidad, el TSJ sostiene que la medida es necesaria para comprobar si la trabajadora estaba contaminada por covid-19 a fin de decidir establecer contacto con residentes y demás trabajadores. Además, se considera idónea porque no hay otra prueba más eficaz para comprobar la existencia de la infección. Y, por último, se considera proporcional ya que la protección contra el PCR se considera menos relevante que la protección de la salud de residentes y plantilla.

riesgos relacionados con la pandemia o con la implantación de la inteligencia artificial en las organizaciones productivas.

En primer lugar, con carácter general, la obligación del empresario de garantizar la vigilancia de la salud encuentra la oposición de las personas trabajadoras en base a una posible vulneración de sus derechos fundamentales, particularmente, el derecho a la intimidad.

En segundo lugar, con carácter más novedoso o menos frecuente, se constata durante la pandemia la controversia relativa a la solicitud de la vigilancia de la salud por parte de las personas trabajadoras y la oposición o resistencia de la empresa. En este nuevo contexto, caracterizado por el incremento del riesgo, adquiere especial protagonismo la vigilancia de la salud de las personas trabajadoras y nos obliga a analizar la efectividad del marco jurídico para dar respuestas a los nuevos desafíos para la salud en el trabajo.

Tercero.- El artículo 22 LPRL gestiona la conflictividad referida a través del establecimiento del principio de voluntariedad de los reconocimientos médicos, estableciendo tres excepciones al mismo y un conjunto de garantías. De esta forma, el legislador pretende que coexistan los intereses y derechos susceptibles de colisionar en algunos supuestos. Sin embargo, el carácter indeterminado de las excepciones genera una importante litigiosidad y pone en liza la aplicación efectiva del principio vertebral de la voluntariedad de la vigilancia de la salud como hemos podido constatar en las resoluciones judiciales recogidas en este trabajo.

Cuarto.- En atención a lo dispuesto en el artículo 22 LPRL podemos concluir que el derecho a la vigilancia de la salud presenta un carácter complejo debido a: la vinculación directa con otros derechos fundamentales; la extensión de su ámbito protector al resto de trabajadores y al personal relacionado con la empresa; su configuración como deber para la persona trabajadora cuando concurra alguna de las excepciones previstas en el artículo referido; y, al potencial riesgo discriminatorio por parte del empresario, por ejemplo, seleccionando trabajadores de un estereotipo físico concreto.

Quinto.- En relación al conflicto tradicional, referido anteriormente en la conclusión segunda-, la doctrina judicial consolidada sostiene que:

- El principio de voluntariedad no implica la existencia de un derecho absoluto, sino que cede y termina donde empieza el riesgo grave para la vida, integridad y salud de terceros.
- Las excepciones deben de interpretarse restrictivamente y en función de los riesgos inherentes a la actividad. En este sentido, el reconocimiento médico debe ser imprescindible, es decir, se excluye los casos en que el mismo sea útil, conveniente o recomendable.
- Los reconocimientos médicos no son un instrumento del empresario para seleccionar personal de una determinada condición física, sino que su eje principal descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de la salud.

Sexto.- En el contexto de pandemia, el conflicto tradicional relativo a la vigilancia de la salud se intensifica, principalmente en las residencias, donde los trabajadores han sido sancionados, incluso con el despido, por incumplir la obligación empresarial de realizarse PCR para proteger a los residentes y al resto de trabajadores. En este sentido, observamos una doctrina judicial contradictoria:

Por un lado, la STSJ, Sala de lo Social, de Galicia de 4 de julio de 2022 (JUR 2022/272404) y la STSJ, Sala de lo Social, de Principado de Asturias de 12 de julio de 2022 (JUR 2022/271813) sostiene que los despidos de los trabajadores por no someterse a las pruebas PCR son nulos, entre otros motivos, debido a: la incidencia de la prueba de antígenos en el derecho a la intimidad personal, la ausencia de datos sobre la evolución de la pandemia en las residencias y a la falta de naturaleza normativa de los protocolos de las CCAA que obligan a su realización.

Sin embargo, la STSJ, Sala de lo Social, de Cataluña de 18 de julio de 2022 (JUR 2022/297426), en un supuesto similar, sostiene que la realización de los PCR supera el juicio de proporcionalidad. En este sentido, según este tribunal: la prueba es necesaria para comprobar si persona trabajadora está contaminada a fin de establecer contacto con los residentes y el resto de trabajadores; es idónea puesto que no hay prueba más eficaz para detectar la infección; y es proporcional porque la protección contra el PCR se considera menos relevante que la protección a la salud de los residentes.

Séptimo.- En relación con el conflicto menos frecuente, relativo a la solicitud de la vigilancia de la salud por la persona trabajadora y la omisión de la empresa, la STS de 20 de mayo de 2021 sostiene que la empresa no está obligada por ninguna normativa vigente a la fecha de interposición de la demanda a realizar test de detección de covid-19 a los conductores de ambulancias.

A este respecto, a nuestro entender la pandemia ha puesto en evidencia que el interés por vigilar la salud en el trabajo no es exclusivo de la empresa, sino que también deben tener protagonismo activo los titulares de ese derecho a la vigilancia de la salud, esto es, las personas trabajadoras.

Consecuentemente, consideramos que podría ser adecuada una reformulación legislativa para que la materialización de este derecho no quede solo a expensas de la empresa, en cuanto a periodicidad y métodos, sino que también pueda ser exigido por la parte trabajadora a fin de garantizar la seguridad y la salud en el trabajo ante nuevos riesgos y desafíos para la salud que requieren de una actuación urgente.