

LA LEY

Compliance Penal

Abril-Junio 2020 | **01**



DIRECCIÓN
Vicente Magro Servet

SUBDIRECCIÓN
Raquel Montaner Fernández

COORDINACIÓN ACADÉMICA
Beatriz Goena Vives
Anna Núñez Miró



Wolters Kluwer

SUMARIO

EDITORIAL

- Hacia un punto de encuentro editorial del cumplimiento normativo, *Vicente Magro Servet*

ESTUDIOS

- El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva 2019/1937, *Ramón Ragués i Vallès*
- El *compliance officer* en los modelos de prevención de delitos: 7 preguntas, ¿sin respuesta?, *Victor Gómez Martín*
- ¿El *compliance* como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas?, *Raquel Montaner Fernández*
- La formación y comunicación en *compliance* y su relevancia como prueba en el proceso penal, *Jordi Gimeno Beviá*

EN PRIMERA PERSONA

- Entrevista a la Sra. Maica Crespo, Presidenta del Comité de *Compliance* y ética empresarial de COBEGA, S. A. (Nespresso, Cacaolat, Domino's pizza y Coca cola equatorial). Entrevista a cargo de Núñez Miró, A.

OTRAS ÁREAS DE CUMPLIMIENTO

- Prevención laboral y Compliance: La valoración de la aptitud psicofísica de los trabajadores de alta trascendencia social en el marco normativo actual, *Ana Santaularia Morros y Beatriz Goena Vives*
- Ethics in business practice and regulation, *Christopher Hodges*

SECTORES

- El marco de actuación de un programa de *compliance* en el sector farmacéutico. Un ejemplo práctico, *Juan Ignacio Canosa Sevillano*

ACTUALIDAD PROFESIONAL

- La responsabilidad civil subsidiaria de la empresa del art. 120 CP en los casos de eficaces

programas de cumplimiento normativo, *Vicente Magro Servet*

TRIBUNALES

- *To be or not to be*. Comentario al Auto 246/2019 de la Sala de lo Penal Sección 4 de la Audiencia Nacional, en relación con los casos de sucesión empresarial (art. 130.2 CP), *Beatriz Goena Vives*
- Doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo sobre *compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Vicente Magro Servet*

Compliance en el ámbito laboral: La valoración de la aptitud psicofísica de los trabajadores de alta trascendencia social en el marco normativo actual

Labour & Employment Compliance: The fitness for duty evaluation of workers of high social importance in the current regulatory framework

Ana Santaularia Morros

Responsable de Seguimiento y Valoración Médica en Dirección General de la Policía - Departamento del Interior. Generalitat de Catalunya

Dra. Beatriz Goena Vives

Profesora asociada —acreditada como lectora— en Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra

Resumen: La Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) excluyó a determinadas profesiones de su ámbito de aplicación, en lugar de hacerlo respecto de actividades operativas específicas. Esta regulación ha supuesto que, en la práctica, la aptitud psicofísica sea asemejada con la aptitud derivada de la revisión médica en relación a los riesgos del puesto de trabajo, evaluándose ambas en el mismo acto médico. La confusión normativa y jurisprudencial derivada de todo ello dificulta enormemente la comprensión de la función de los servicios de evaluación médica. Algo que resulta particularmente conflictivo en los casos de las profesiones consideradas de alta trascendencia social (policías, bomberos, pilotos, etc...), donde la propia organización podría llegar a responder por los daños ocasionados a terceras personas. A falta de una adecuada regulación estatal, se propone que la evaluación psicofísica se defina en los programas de cumplimiento normativo o compliance de las organizaciones a las que pertenecen los trabajadores con profesiones de alta trascendencia social. Los programas de compliance se presentan como un instrumento idóneo para delimitar qué profesiones deberían ser consideradas de alta trascendencia social y para garantizar que la evaluación de la aptitud psicofísica de estos trabajadores se lleva a cabo por servicios médicos diferentes a los de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

Palabras clave: Aptitud laboral, aptitud psicofísica, vigilancia de la salud en policías, obligatoriedad revisiones médicas, programas de compliance.

Abstract: Law 31/1995 on the Prevention of Occupational Risks (LPRL) excluded certain professions from its scope of application, rather than specific operational activities. As a consequence, the worker's fitness for duty is assimilated to his/her aptitude in relation to the risks of the job, and both of them are evaluated in the same medical act. The regulatory and jurisprudential confusion derived from this situation makes it extremely difficult to understand the function of the Medical Assessment Services. This is particularly conflictive in the case of professions considered to be of high social importance (e.g. police, firemen or pilots), where the organization itself could be liable for damages caused to third parties. In the absence of an adequate state regulation, this paper proposes to define the fitness for duty evaluation in the compliance program of the organizations to which workers with professions of high social importance belong. Compliance programs can help both to delimit which professions should be considered of high social transcendence, and to guarantee that the fitness for work assessment of this workers is carried out by medical services, different from those of the Occupational Risk Prevention Services.

Keywords: Fitness for duty evaluation, fitness for work assessment, policeman's health surveillance, mandatory

1. INTRODUCCIÓN

¿Son todas las personas aptas física y psicológicamente para desempeñar un determinado puesto de trabajo? ¿Se requiere una adecuada aptitud psicofísica para llevar a cabo ciertas profesiones? ¿Cómo se determina esta aptitud? ¿Quién decide qué profesiones requieren de evaluaciones médicas periódicas? ¿Qué órgano médico debe determinar estas capacidades? ¿Deberían ser revisiones obligatorias o voluntarias? Si en España se diera una situación equivalente a la del conocido caso del piloto de Germanwings en el que fallecieron 150 pasajeros, ¿se podría evitar que el piloto volara?

La legislación española no da una respuesta satisfactoria a estas preguntas. Algunas sentencias analizan las cuestiones anteriormente planteadas de manera muy detallada. Sin embargo, puesto que la legislación es poco clara, difícilmente pueden dar una solución global al problema. Además, tanto la literatura médica como la jurídica utilizan términos que inducen a confusión y que hay que clarificar con el objeto, entre otros, de que este artículo pueda ser comprendido en su totalidad. Por ejemplo, a los programas de cumplimiento normativo de las empresas, que son protocolos y políticas orientados a que sean las propias organizaciones las que se auto-regulen y asuman la responsabilidad que pueda derivarse de su actividad y estructura, se les denomina «*control de la prevención de los riesgos*». Pero ello no es equivalente al concepto de «*prevención de riesgos laborales*». Tampoco el término «*vigilancia de la salud*» es totalmente equiparable, ya que incluye el concepto de control de la salud en un sentido amplio y enfocado, también, a evitar daños a terceros.

Así, en la presente investigación quiere ponerse de manifiesto que **existe una doble confusión en lo que abarca el concepto de «vigilancia de la salud», hasta el punto de que se está empleando el término vigilancia en tres sentidos distintos, pero sin diferenciarlos**. Por un lado, como se pondrá de relieve en la primera parte del trabajo, **en el ámbito de la medicina** se viene denominando vigilancia —de modo indistinto y, por ende, erróneo— a la asistencia médica y a la evaluación psicofísica.

Pero, además de esta primera confusión en el propio plano médico, existe un ulterior **equivoco entre el plano médico y el jurídico**. En ambos se utiliza el término vigilancia, pero —nuevamente— ésta tiene dos sentidos distintos. Así, mientras que en el plano médico la «*vigilancia*» se refiere, en último término, a la protección de un bien (la salud), en el plano del Derecho —y particularmente, del Derecho penal—, la «*vigilancia*» se refiere al control de una fuente de peligro, que debe distinguirse de la «*protección*» de un bien jurídico (1).

En este sentido, desde el punto de vista legal, debe remarcarse que todas las organizaciones tienen un doble deber: por un lado, el de protección de un bien jurídico y, por otro lado, un deber de control de las fuentes de peligro. Así, las organizaciones serían «*garantes de protección de un bien jurídico*» y «*garantes de control de un foco de peligro*» (2).

En relación al objeto de este artículo, estos conceptos de traducen en un **deber de protección de la**

seguridad y la salud del trabajador frente a los riesgos del puesto de trabajo y, por otro lado, en un deber de garantía de la aptitud psicofísica de los trabajadores para evitar la lesión a terceras personas. El modo en que se ha aplicado la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) (3) ha dificultado enormemente la distinción entre estos deberes y, por lo tanto, la posibilidad de defensa frente a las posibles demandas y sanciones.

Incumpliendo el mandato de la Directiva Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo (4) (DE) la LPRL excluyó de su ámbito de aplicación algunas profesiones (policía, servicios operativos de protección civil, fuerzas armadas, etc...). Y como fruto de dicha exclusión, la LPRL no distinguió entre aptitud psicofísica y aptitud laboral, de modo que ambas aptitudes se diluyeron en un concepto genérico denominado «aptitud». Esta falta de distinción, además, generó una confusión normativa y jurisprudencial que dificulta la comprensión de aspectos tan relevantes como la obligatoriedad de las revisiones médicas y la función los servicios de evaluación médica.

Así, con carácter previo a elaborar un análisis y una propuesta interpretativa que garantice una adecuada distinción entre los conceptos de evaluación de la aptitud psicofísica y aptitud laboral (en tanto que base sobre la que configurar el deber de vigilancia), se ofrecerá una definición de conceptos.

2. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

2.1. Aptitud laboral-aptitud psicofísica

Una de las definiciones más comúnmente utilizadas del término «aptitud laboral» es la *«capacidad psicofísica de un trabajador para realizar las tareas asignadas a su trabajo sin que éste suponga riesgo para su propia salud o la de terceros»* (5). Esta definición, sin embargo, se aleja considerablemente del espíritu de la normativa comunitaria de prevención de riesgos laborales, ya que contiene, de algún modo, dos aspectos muy diferentes que conviene analizar por separado. Por un lado, hace referencia a la calificación en relación a los signos y síntomas de un posible daño provocado a un trabajador por los riesgos presentes en su puesto de trabajo. Y aunque esta calificación emitida por el Médico del Trabajo de un SPRL se denomine *«aptitud laboral»*, sería más correcto hablar de *«puesto de trabajo no apto para el trabajador»* (6). Por otro lado, el concepto de aptitud también hace referencia a las capacidades físicas y psicológicas específicas que un trabajador debe poseer para llevar a cabo una determinada tarea con eficacia y sin riesgos para él mismo o para terceras personas. Esta es la aptitud habitualmente denominada como *«aptitud psicofísica»*.

La primera acepción de aptitud laboral deriva de la exposición de un trabajador a factores de riesgo higiénicos, biológicos, químicos, ergonómicos, psicosociales o de seguridad evaluables, es decir, a elementos del entorno o exógenos. En cambio, los riesgos generados por la falta de aptitud psicofísica de un trabajador corresponden a factores no evaluables y están relacionados con el comportamiento de la persona, sea por padecer algún tipo de trastorno físico o psíquico o por estar bajo los efectos de ciertos medicamentos o drogas. Podría decirse que son de origen endógeno e intrínsecos a la persona.

Este concepto de aptitud psicofísica o aptitud para trabajar se puede desglosar, a su vez, en dos aspectos diferentes: capacidad y riesgo (7) . En ocasiones, estos dos conceptos se pueden yuxtaponer (la ausencia de capacidad aumenta el riesgo) o bien desarrollarse por separado (valoración de la capacidad independientemente del riesgo).

Es decir, hay profesiones en las cuales es importante diferenciar claramente los dos tipos de aptitud y, sin embargo, no es infrecuente que se equiparen. Numerosas sentencias reflejan esta realidad, por ejemplo, en relación a un vigilante de seguridad privada (8) , a un médico de atención primaria (9) , para la conducción de autobuses (10) o para servicios de prevención y extinción de incendios (11) .

Una conocida sentencia del TS de 1990, definió el concepto de ineptitud en el sentido de ausencia de capacidad psicofísica para el trabajo del siguiente modo (12) : *«El concepto de ineptitud se refiere, de acuerdo con la doctrina científica y la jurisprudencia, y siguiendo también el uso del lenguaje ordinario, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo-rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.»*

Sin embargo, una sentencia del TSJ de 2016, y haciendo referencia a la sentencia anterior, relaciona la aptitud o la ineptitud con la vigilancia de la salud (13) : *«Partiendo de la conocida descripción de la causa de ineptitud en sentencia del Tribunal Supremo de 2-5-90»* y haciendo referencia al artículo 22 de la Ley 31/95 y a la vigilancia de la salud, *»de dichas normas se infiere la idoneidad del medio al que acudió la empresa para constatar si el trabajador conservaba, o no, la aptitud necesaria para su desempeño profesional».*

Aunque la sentencia de 1990 define con precisión el concepto de ineptitud laboral y que ésta tiene su origen en la persona del trabajador y no en los factores de riesgo externos, en las sentencias posteriores, y ya en el marco de la LPRL, la ineptitud laboral se relaciona con la vigilancia de la salud del SPRL y con los riesgos laborales, probablemente, por carecer de una alternativa válida.

2.2. Profesión de riesgo-profesión de alta trascendencia social

La legislación española relaciona, en el anexo I del RD 39/1997 (14) , aquellas profesiones que pueden ser consideradas de riesgo en función de los factores laborales perjudiciales a los que los trabajadores están expuestos y que, por lo tanto, requieren de especiales medidas de vigilancia, de prevención y de protección por parte de las empresas y de los SPRL: trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo, trabajos con exposición a agentes biológicos, etc.

Por otro lado, existen algunas profesiones en las cuales si los trabajadores desempeñan su trabajo sin las adecuadas capacidades psicofísicas se pone en riesgo no sólo su salud, sino esencialmente la salud (entendida como concepto amplio de bienestar físico, mental y social) de terceras personas (15) . Serían las llamadas profesiones de alta trascendencia social e incluyen tanto los cuerpos y fuerzas de seguridad como los conductores de transportes públicos, el personal sanitario, los trabajadores que manejan materiales o maquinarias peligrosas, así como todas aquellas profesiones

de las cuales se espera la toma de decisiones de gran trascendencia.

2.3. Examen prelaboral o reconocimiento médico previo - Examen para la determinación de la aptitud psicofísica

En relación a los exámenes médicos prelaborales o previos a la contratación de un trabajador, el RDL 8/2015, de 30 de octubre (16), refiere que *«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»*, así como que *«las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate»*.

Asimismo, en el artículo 36.4 del ET (17) se dice que *«El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su estado de salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno»*.

Tanto en el caso de las empresas con riesgo de enfermedades profesionales como en aquellas que emplean a trabajadores en horario nocturno, estos reconocimientos médicos previos tienen dos objetivos fundamentales. Por una parte, conocer la «aptitud laboral» del trabajador, con el fin de descartar que la actividad laboral que vaya a ejercer vaya a ser perjudicial para su salud y, por otra, detectar aquellas afecciones preexistentes con la finalidad de que no puedan ser atribuidas, en un futuro, a la propia actividad laboral. Este tipo de reconocimientos son propios de los SPRL, y de ningún modo deben tener por objeto identificar a las personas resistentes a eventuales riesgos presentes en el trabajo (18).

Por otro lado, se encuentran los exámenes médicos prelaborales de «aptitud psicofísica», cuyo objetivo es detectar cualquier afección que pueda disminuir la capacidad necesaria e imprescindible para el desempeño de la función con eficacia y seguridad, minimizando, a su vez, los riesgos para el propio trabajador y para terceras personas, muchas veces de la población general y externas a la propia organización. Este tipo de procesos selectivos se dan, por ejemplo, en los cuerpos policiales (19).

Estos exámenes médicos prelaborales relacionados con los procesos selectivos tienen determinadas características que los revisten de una cierta excepcionalidad: deben tener regulación específica (diferente a la relativa a la prevención de riesgos laborales) y las causas de exclusión médica deben ser publicadas en la correspondiente convocatoria pública. La competencia técnica del Médico Evaluador, en estos casos, debe estar fuera de toda duda dada la trascendencia de sus propuestas (20).

En las conclusiones del documento *«Aptitud en la vigilancia de la salud»* del Congreso de SMSHTAR (21), en el punto 2, señala lo siguiente: *«Recordar que la valoración médica de la aptitud para trabajar no debe formar parte de los procesos de selección de personal, cuya competencia corresponde a los departamentos de Recursos Humanos»*.

En resumen, hay que distinguir estos dos tipos de reconocimientos médicos, por sus requisitos legales, por sus objetivos y por el órgano médico responsable de llevarlos a cabo.

2.4. Vigilancia de la salud - Valoración de la aptitud para trabajar

Según el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el término «vigilancia de la salud de los trabajadores» engloba una serie de actividades referidas tanto a individuos como a colectividades y orientadas a la prevención de los riesgos laborales, y cuyos objetivos generales tienen que ver con la identificación de problemas de salud y la evaluación de intervenciones preventivas (22).

Para el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la vigilancia de la salud es uno de los instrumentos que utiliza la Medicina del Trabajo para controlar y hacer el seguimiento de la repercusión de las condiciones de trabajo sobre la salud de la población trabajadora (23).

Según el Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS), la vigilancia de la salud sirve básicamente para tres cosas: para darse cuenta de que un trabajador está enfermando y poder actuar cuanto antes; para estudiar si las enfermedades de un colectivo de trabajadores tienen relación con el trabajo y para comprobar si las medidas preventivas evitan realmente el daño a la salud de los trabajadores (24).

Lo que interesa resaltar en este punto es que la vigilancia de la salud, entre otras características, debe ser específica, esto es, en función de los riesgos a los que está sometido el trabajador en el lugar de trabajo.

La LPRL fue la transposición al derecho nacional español de la DE, la cual dice textualmente que *«Para garantizar la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su Seguridad y salud en el Trabajo se fijarán medidas de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales»*.

La LPRL introdujo, además, el concepto de evaluación de la aptitud psicofísica en sus artículos 22 y 25. Por lo que se refiere al primero, que hace referencia a la vigilancia de la salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, enfatiza que sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento a excepción, entre otras y previo informe de los representantes de los trabajadores, de cuando sea necesaria para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa (25).

Nótese que el artículo 22 incluye tanto el concepto de vigilancia de la salud en relación con los riesgos del puesto de trabajo (aptitud laboral) como el de aptitud psicofísica (verificación de si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas). Este artículo contraviene, pues, el mandato de la DE al pretender evaluar una aptitud no relacionada con los riesgos del puesto de trabajo sino relacionada con el estado de salud del trabajador o, dicho de otra manera, en relación con la capacidad de éste para llevar a cabo las tareas con seguridad para sí mismo y para las terceras personas.

El artículo 25, del mismo modo, distingue dos tipos de aptitud: por un lado, la referida a que por las propias características personales o estado biológico conocido del trabajador éste sea especialmente sensible a los riesgos y, por otro lado, habla de la situación en la que un trabajador se encuentre manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas del respectivo puesto de trabajo.

A pesar de que la LPRL introduce elementos de confusión con respecto a los dos conceptos de aptitud, es asimismo cierto que hace una salvedad en el artículo 22.4 de la LPRL: *los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador*. Se delimita, de este modo, lo que pueda ser beneficioso para el trabajador de lo que le pueda ser perjudicial y, en este sentido, parece indicar que cualquier actuación del SPRL debe tener como principal objetivo el bienestar (físico, mental, social, pecuniario, etc) del trabajador por encima de cualquier otra consideración.

La normativa desarrollada con posterioridad a la LPRL no hace referencia en ningún caso a la evaluación de la aptitud psicofísica para el desempeño del trabajo por parte de los servicios sanitarios de los servicios de prevención y se centra exclusivamente en la detección de aquellos «trabajos no aptos» para el trabajador (26).

Además, en línea con lo apuntado por Juan Ignacio Marín Arce, del artículo 22 de la LPRL se desprende que la vigilancia de la salud es una actividad excluida de los procesos de selección y que las pruebas de aptitud no pueden ser consideradas como tales (27).

Una Sentencia del TC (28) señala que *«el reconocimiento médico no es un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, ni tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud»*.

La vigilancia de la salud no debe asimilarse al control de la aptitud psicofísica de un trabajador para desarrollar su tarea, sino que debe garantizar el derecho de éste a no enfermar como consecuencia del trabajo.

La reciente sentencia de marzo del TS de 2018 (29) pretende aclarar que *«no tienen la misma finalidad las pruebas o exámenes físicos o psicotécnicos para la obtención o conservación de la habilitación para el ejercicio de la profesión que los reconocimientos médicos que puedan ser necesarios en función del artículo 22 LPRL. Aquéllos se sitúan en un plano individual y tratan de garantizar la concurrencia de unas condiciones psicofísicas necesarias para el ejercicio de las actividades inherentes a las profesiones para cuya habilitación se requieren. En cambio, los reconocimientos médicos previstos en la LPRL 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. Siendo sus finalidades radicalmente distintas, es absurdo pretender que aquellos exámenes puedan sustituir los reconocimientos médicos que analizamos que, reiteramos, están al servicio de la seguridad y salud de todos los*

trabajadores de la empresa y de una adecuada política de prevención de riesgos laborales». En esta sentencia se diferencia claramente lo que se entiende por aptitud psicofísica y lo que se entiende por vigilancia de la salud, aunque, por otro lado, y a falta de una alternativa viable, aboga por que sean los médicos de la vigilancia de la salud los que determinen la aptitud psicofísica.

En su tesis, M.^a Cruz apunta al problema: «A pesar de que el objetivo original de estos exámenes de salud es bien intencionado (proteger y mejorar la salud de los trabajadores), el hecho de que casi siempre sean seguidos de un certificado de aptitud para trabajar, independientemente del tipo de trabajo y los riesgos asociados, paradójicamente podría acabar siendo un motivo de perjuicio o discriminación hacia los trabajadores, promoviendo además que algunos de ellos (y quizá los que tienen precisamente más necesidad de consultar a un sanitario del servicio de prevención), lo eviten por miedo a ser declarados no aptos o aptos con condiciones» (30).

2.5. Especialmente sensibles frente a los riesgos laborales - Situaciones transitorias que no responderán a las exigencias psicofísicas

Resulta interesante analizar la DE en lo referente a los trabajadores especialmente sensibles a la luz de la transposición que ha hecho la normativa española. La traducción literal de la versión inglesa (31) dice así: *Los grupos especialmente sensibles a riesgos deben ser protegidos de los peligros que específicamente les afecten.*

La traducción publicada en español por el Diario Oficial de las Comunidades Europeas dice: *Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica.*

La transposición de esta normativa europea a la normativa española se realiza incluyendo los siguientes grupos: trabajadores sensibles a determinados riesgos (art. 25 LPRL); mujeres embarazadas o en período de lactancia (art. 26 LPRL); trabajadores menores (art. 27 LPRL); trabajadores con discapacidad y trabajadores temporales (art. 28 LPRL)

La DE hace especial hincapié en la importancia de proteger a grupos de trabajadores que por sus características biológicas pudieran ser más vulnerables a determinados riesgos de los puestos de trabajo como, por ejemplo, a la nocturnidad o a la turnicidad. Sin embargo, la LPRL, en su redacción, se excede al incluir en este apartado a trabajadores que, simplemente, presentan una evidente falta de aptitud psicofísica o capacidad para el trabajo.

Esto es así porque cuando un trabajador se encuentra «*manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas del respectivo puesto de trabajo o, el caso de los trabajadores que, a causa de sus características personales, estado biológico..., puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro*» (art 25 de la LPRL) está diciendo, en realidad, que cuando un trabajador esté bajo los efectos del alcohol, de ciertos medicamentos o de sustancias estupefacientes, el empresario no empleará a este trabajador en determinados puestos de trabajo.

En primer lugar, y en relación a esta última idea, señalar que «nada tiene que ver» ser consumidor de

alcohol o de drogas con ser especialmente sensible a los riesgos del puesto de trabajo según el espíritu de la DE. En segundo lugar, no deben ser los médicos de vigilancia de la salud los que detecten, controlen, valoren, periten o inspeccionen estas situaciones psicofísicas transitorias que claramente disminuyen la aptitud psicofísica para llevar a cabo una función de alta trascendencia social. En tercer lugar, el médico que detecta esta situación no puede estar sujeto a la normativa de prevención de riesgos laborales y debe informar inmediatamente a recursos humanos para que se tomen las medidas oportunas. Finalmente, este tipo de controles no pueden depender de la voluntariedad del trabajador.

En contraposición, un posible criterio para la consideración de un trabajador como «especialmente sensible» podría ser el de que *«a un trabajador le fuera más fácil enfermar al estar expuesto a los riesgos existentes en su puesto de trabajo, con independencia de que esa especial sensibilidad se debiera a sus características personales o estado biológico conocido o a una situación de discapacidad física, psíquica o sensorial reconocida. De este modo, en el caso de que un trabajador padeciera una discapacidad reconocida, en el caso de que ésta no estuviera relacionada con los factores de riesgo existentes en el puesto, al trabajador no se le debería considerar como especialmente sensible a los mismos»* (32).

En resumen, parece que el redactado de la DE pretenda referirse a grupos especialmente sensibles a determinados riesgos (embarazadas y menores) y no tanto a situaciones personales de especial vulnerabilidad. En cualquier caso, de ninguna manera hace referencia a una supuesta disminución de la aptitud psicofísica para el trabajo, reservando este tipo de consideraciones para un ámbito distinto al de la prevención de riesgos laborales.

2.6. Conflicto de rol de los médicos - Rol definido

No es infrecuente que los médicos desarrollen simultáneamente actividades que, en la práctica, pueden suponer un evidente conflicto de intereses. Un ejemplo es el que se da con los médicos de la red pública de salud. Su actuación sanitaria se basa en que el paciente desea ser sanado por encima de cualquier otra consideración y pone todos los medios a su alcance para que así sea. Y el médico, en este contexto, confía plenamente en el paciente porque no puede ni debe concebir otro fin que éste (33).

Ahora bien, ¿puede este mismo médico realizar la función curativa con la misma eficacia si, además, debe contemplar la posibilidad de que el paciente busque en realidad un beneficio propio como, por ejemplo, prolongar una baja médica? ¿No sería más lógico que la función de evaluación de la capacidad para trabajar, es decir, la prescripción de la duración de la incapacidad temporal y el alta, fueran determinadas por otro médico con formación en medicina evaluadora (valoración del daño corporal) basándose en criterios diferentes a los propios del acto médico puramente asistencial?

Se está requiriendo al médico que sane y que evalúe a la vez, que busque empatía y confianza pero que, al mismo tiempo, esté atento a posibles intentos de manipulación (simulación o disimulación según el caso). En definitiva, se le está exigiendo al médico que cumpla con una doble función que es, en muchos casos, antagónica.

Del mismo modo, el médico de vigilancia de la salud, cuyo objetivo es generar toda la confianza del trabajador para que no le pasen desapercibidos los signos y síntomas que posibiliten la detección precoz de una enfermedad causada por los riesgos del puesto de trabajo, no puede ser el mismo que, de manera simultánea, determine la aptitud (capacidades psicofísicas) para el desarrollo de su tarea en la empresa, porque el trabajador puede dudar de si confiar en él, pensando que le puede detectar una causa de exclusión médica o una ineptitud sobrevenida que le impida seguir desarrollando su profesión.

Mientras que las consecuencias de la doble función del médico de familia son relativamente menores y normalmente van a favor del trabajador (más días de baja) y por lo tanto sólo se derivan perjuicios económicos, en el caso del Médico del Trabajo del SPRL lo que está en juego es la disyuntiva de si mantener el puesto de trabajo o no ante una ineptitud del trabajador para la realización del trabajo, con el riesgo que ello puede conllevar para terceras personas.

Por otro lado, cualquier trabajador *«debe tener derecho a conocer cuál es la finalidad de cada servicio médico y qué consecuencias se pueden derivar de cada visita. Debe estar seguro cuando es explorado de si su salud es lo principal y está por encima de cualquier otra consideración o bien, por el contrario, de si la finalidad de la visita es la valoración del grado de cumplimiento de su función en la empresa. Son objetivos complementarios y necesarios, pero radicalmente diferentes»* (34).

Precisamente, el Código de Deontología de Catalunya, sin ir más lejos, en su artículo 20 lo resume como sigue: *«El médico que sea responsable de la asistencia de un paciente deberá abstenerse de ejercer funciones de perito, juez, instructor, forense o similares en la misma persona»* (35).

Y la evaluación de la aptitud psicofísica, ¿qué es sino un análisis pericial sobre la capacidad para desarrollar determinadas funciones? Por el contrario, la vigilancia de la salud descansa, sobre todo, en la necesidad de realizar un acto de mejora de la salud del trabajador y, por lo tanto, es un acto de asistencia médica.

También hay que tener en cuenta que cuando es el mismo equipo médico el que debe dictaminar sobre ambas aptitudes, se corre el riesgo de dejar a la empresa desprotegida respecto de la seguridad hacia terceras personas porque ¿cómo cumplirá el SPRL con el deber de no perjudicar al trabajador? ¿Cómo podrá hacerlo si la normativa deja muy claro que sólo podrá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores a los únicos efectos de poder identificar la relación entre la enfermedad y los riesgos presentes en el puesto de trabajo? ¿Cómo podrá un trabajador confiar en el SPRL si éste le puede limitar su esfera de libertad en aras de un bien común y no para su particular beneficio? Esta es la razón de que los exámenes de salud del SPRL sean voluntarios y de que en algunas empresas los trabajadores no acudan a la vigilancia de la salud por temor a ser perjudicados y apartados de su puesto de trabajo por la posibilidad de no mantener determinadas capacidades.

No debe olvidarse que el artículo 22.4 de la LPRL enuncia que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

La Comisión Internacional de Salud Laboral (2014) (36) , en relación a la recomendación de que el médico del servicio de prevención pueda efectuar sobre el riesgo a terceros, dice que *«el profesional de la salud laboral debe tratar de conciliar el empleo del trabajador involucrado con la seguridad y la salud de terceros que pudieran estar en peligro»*. Es precisamente este concepto de «tratar de conciliar » lo que debe hacer saltar las alarmas y ponerse en cuestión en profesiones de alta trascendencia social, puesto que no parece compatible asegurar el empleo de quien no posee las aptitudes y garantizar, al mismo tiempo, la seguridad de terceros.

En una sentencia del TS de 2015 sobre una empresa cuyo ámbito de actuación está relacionado con la prevención y extinción de incendios y otras emergencias (37) , el sindicato solicita que la obligatoriedad de que los trabajadores pasen un reconocimiento médico que pueda condicionar su permanencia en el puesto de trabajo no sea declarada conforme a derecho. Además, solicita que sólo puedan *«realizarse reconocimientos médicos de forma obligatoria cuando resulten imprescindibles para la prevención de enfermedades profesionales reconocidas como tales en la actividad de la empresa, con las pruebas indispensables para su prevención y seguimiento»*. Esta petición de los representantes de los trabajadores está plenamente justificada —en concordancia con la tesis de este trabajo— en el caso de que sean los médicos del Servicio de Vigilancia de la Salud los que realicen esta doble función. Lo que de alguna manera plantean los sindicatos es que el hecho de poder prevenir una enfermedad profesional no es compatible con poder determinar la permanencia del trabajador en la empresa por cuestiones diferentes a las derivadas de la prevención de riesgos laborales. Entienden que se está utilizando la vigilancia de la salud para objetivos diferentes a los que pretende la normativa europea, que es proteger al trabajador de los riesgos a los que están expuestos en su trabajo.

En este mismo sentido, en Estados Unidos, y en relación a la evaluación psicofísica de los cuerpos y fuerzas de seguridad (38) , se aconseja que el terapeuta sea diferente al evaluador porque los roles pueden entrar en conflicto por diferentes motivos, el principal de los cuales es que el terapeuta a menudo da por ciertas las declaraciones subjetivas del paciente no aplicando los mismos estándares de rigor que aplicaría el evaluador.

¿Cómo hacer compatible, pues, estos dos tipos de valoración? La solución más factible es que los médicos que evalúan la aptitud psicofísica y la aptitud laboral (relacionada con los riesgos del puesto de trabajo) pertenezcan a un servicio médico diferente. Y es en este momento, en respuesta a la obligación que tiene el empresario de garantizar la seguridad hacia terceras personas en determinadas profesiones de alta trascendencia social, cuando se puede establecer la obligatoriedad de este tipo de revisiones médicas.

2.7. Voluntariedad - Obligatoriedad

Uno de los problemas centrales en lo referente a las revisiones médicas laborales es la insuficiente delimitación de su obligatoriedad. Puesto que no hay una sola aptitud para trabajar, es necesario que una aptitud sea de obligada evaluación en las profesiones de alta trascendencia social y la otra voluntaria. La revisión médica obligatoria está relacionada con la evaluación de la capacidad para el

trabajo. La revisión médica voluntaria está, en cambio, relacionada con los riesgos que conlleva el puesto de trabajo para el propio trabajador (39).

Es lógico, de este modo, que *«puedan existir casos en que los trabajadores eviten realizar los exámenes de salud por miedo a un no apto o apto condicionado»* (40), siendo quizás los trabajadores que más lo necesiten los que rechacen los exámenes de salud. En relación a las excepciones a la voluntariedad recogidas en el artículo 22.1 de la LPRL, Jareño expone que *«no se han venido identificando claramente los puestos de trabajo para los cuales la vigilancia de la salud debería ser excepcionalmente obligatoria»* así como que *«no se ha especificado su vinculación con la emisión de certificados de aptitud»*, pero no resuelve la cuestión ni lo pretende, puesto que circunscribe esta revisión, sea de aptitud laboral o de aptitud psicofísica, exclusivamente al ámbito de la prevención de riesgos laborales.

La solución al problema de la voluntariedad relacionada con la aptitud psicofísica (la segunda de las tres excepciones del artículo 22 de la LPRL) sólo puede establecerse, en primer lugar, referenciando aquellas profesiones en las que la aptitud psicofísica sea un factor determinante. En segundo lugar, es necesario que las revisiones de aptitud sean llevadas a cabo por un servicio diferente al de prevención de riesgos laborales y, en tercer lugar, debe establecerse la obligatoriedad de las mismas, bien de manera periódica bien de manera puntual cuando las circunstancias lo requieran (41).

Numerosas sentencias equiparan la vigilancia de la salud con la revisión de la aptitud psicofísica. Algunas también confunden el concepto de la obligatoriedad del empresario de garantizar la aptitud psicofísica del trabajador con la voluntariedad de éste en relación a la vigilancia de la salud. Así, en un artículo que revisa las diferentes sentencias sobre esta cuestión ya se menciona el cambio de tendencia de las mismas en el sentido de considerar obligatoria la revisión médica en algunas profesiones, aunque siempre la circunscribe en el ámbito de la prevención de riesgos laborales (42).

La sentencia de 10/06/2015 del TS (43) marcó un antes y un después en este debate al considerar, en relación al personal del Servicio de Brigadas Rurales de Emergencia, *«que existe una previsión legal (art. 22.1 LPRL) que ampara la obligatoriedad, por concurrir uno de sus presupuestos; que el tipo de reconocimiento practicado es necesario (no existiendo alternativa para verificar el estado de salud), proporcional e idóneo»*. Es decir, consideró que en este tipo de trabajadores en los cuales se exige una determinada aptitud psicofísica, el examen de salud debía ser obligatorio.

Se puede llegar a complicar todavía más la cuestión cuando, al no cumplir con la obligatoriedad de la revisión médica al amparo de la LPRL, se procede al despido del trabajador. Así, un Auto del Tribunal Supremo de 2017 (44) considera que, *«con la excusa de conseguir una adecuada prevención de riesgos laborales, la empresa pretendía someter al trabajador a un control desmedido, y, en todo caso, no amparado por el art. 22 LPRL, pues, siguiendo la regulación del precepto, ni el trabajador prestó su consentimiento, ni se daban tampoco las circunstancias que exceptúan ese principio de voluntariedad, ya que ni existe informe previo de los representantes de los trabajadores, ni hay constancia alguna de que el estado de salud pudiera constituir un peligro para sí o para otros, ni existe norma legal que lo establezca.»* Finalmente, el TS, en la sentencia ya comentada de 2018 (45) reitera el criterio al

confirmar la obligatoriedad del examen de salud para vigilantes de seguridad y escoltas, probablemente, como exponía la STS de 2015 (46) , porque no existe, en esta organización, una alternativa proporcional e idónea.

2.8. Control del absentismo - Conocer el posible origen laboral de una baja y la reincorporación al trabajo después de una ausencia

En lo referente al control del absentismo laboral y en relación al objeto de este artículo, poner de relieve, una vez más, que este tipo de seguimiento no es tarea de los Médicos del Trabajo de los SPRL, ya que se trata de una función de control de una actitud y de una aptitud del trabajador con respecto a la organización. Sólo a los efectos de valorar el posible origen laboral de la baja y poder, así, catalogarla como accidente laboral o enfermedad profesional con lo que ello comporta en cuanto a retribuciones, responsabilidades y tareas de los técnicos de prevención, debe realizarse el seguimiento de una incapacidad temporal por parte de un SPRL.

Si un trabajador de una profesión de alta trascendencia social se ausenta del puesto de trabajo y se reincorpora al mismo después de un período prolongado por incapacidad temporal o por otras causas (excedencia) (47) , se hace necesario comprobar, asimismo, que sigue manteniendo las aptitudes psicofísicas necesarias para seguir en su puesto o, en caso contrario, deberá proponerse una adaptación laboral, la segunda actividad o una incapacidad (temporal o permanente).

2.9. Adaptar el Trabajo a la persona - Adaptar a la persona a las exigencias del puesto de trabajo

La Organización Internacional del Trabajo define la Medicina del Trabajo como aquella que *«tiene como finalidad promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones; prevenir todo daño causado a la salud de éstos por las condiciones de su trabajo; protegerlos en su empleo contra los riesgos resultantes de la existencia de agentes nocivos para su salud; emplazar y mantener al trabajador en una ocupación acorde con sus aptitudes fisiológicas y psicológicas; y en resumen: adaptar el trabajo a la persona y cada persona a su puesto de trabajo»* (48) .

El *Manual per a la identificació i avaluació de riscos laborals del Departament de Treball* (49) también menciona la adaptación como eje esencial de la PRL: *«La ergonomía asume estos problemas, que son propios de la legislación laboral, con un enfoque más racional: la necesidad de adaptar los métodos, los equipos y las condiciones de trabajo a la anatomía, la fisiología y a la psicología de la persona»*.

La finalidad de la ergonomía es que el trabajador no sufra menoscabo de su salud como consecuencia de un diseño erróneo, de una organización deficiente o de la presencia de circunstancias dañinas en el puesto de trabajo. Pero en algunas profesiones, aquellas cuya finalidad tiene como objetivo la protección de la ciudadanía, el concepto de adaptación se puede modular, de tal manera que se busque a las personas cuyas características físicas y psíquicas se adapten mejor a los requerimientos y necesidades de la tarea y para que se pueda garantizar el cumplimiento de la función encomendada (policia, de seguridad, de transporte, etc..) con los mínimos riesgos. Esta es la razón de que existan las causas de exclusión médica en determinados colectivos profesionales.

Además, el desempeño de este tipo de funciones suele ir asociado a un componente de riesgo

importante para el propio trabajador y para terceras personas en el caso de que se lleve a cabo sin la adecuada aptitud psicofísica, la cual debe mantenerse a lo largo de toda la vida profesional y el empresario u organización deberá garantizar que el paso del tiempo no supone una merma ni en la función ni en la garantía de seguridad hacia sí mismos y hacia terceras personas. Y precisamente porque el abordaje de esta cuestión está en relación con la pérdida de aptitudes para el desempeño de la tarea y no con la prevención de riesgos laborales y con su artículo 25 (Protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos) es por lo que existe, en determinados colectivos, la situación especial de segunda actividad. Esta es precisamente la razón por la cual la valoración médica de la aptitud de estos trabajadores se lleva a cabo por médicos no vinculados con los SPRL y sí, en cambio, por los mismos médicos que determinaron las causas de exclusión médica durante el proceso de acceso, puesto que su cometido es valorar únicamente las limitaciones del trabajador para llevar a cabo su tarea, independientemente de los factores de riesgos detectados y evaluados por los servicios de prevención.

3. LA INIDONEIDAD DE LA LPRL PARA UNA ADECUADA EVALUACIÓN DE LA APTITUD PSICOFÍSICA

En el artículo 3.2 de la LPRL se dice explícitamente que la LPRL *«no será de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública aunque dicha ley deberá inspirar la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades»*.

3.1. ¿Es la LPRL de aplicación a profesiones de alta trascendencia social o, por el contrario, están excluidas de esta normativa?

La traducción literal de lo que dispone la DE en su versión inglesa (50) es: *Esta Directiva no será de aplicación cuando las peculiares características de ciertas actividades específicas de servicio público, como las relativas a las fuerzas armadas o a la policía, o en ciertas actividades específicas en los servicios de protección civil, entren en conflicto con la Directiva. En este caso, la seguridad y la salud de los trabajadores deberán ser garantizadas tanto como sea posible a la luz de los objetivos de esta Directiva*, la cual difiere de la traducción publicada en español por el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (51) .

Parece claro que el objetivo de la DE era que sólo se excluyeran de su ámbito de aplicación algunas actividades de ciertos colectivos de servicio público. Así, sólo debían ser excluidas aquellas actividades concretas que entraran directamente en colisión con los objetivos de la directiva, es decir, aquellas cuyos riesgos no pudieran ser evaluados ni, por lo tanto, prevenidos. Se refiere a actividades operativas en las que no es posible conocer la magnitud del riesgo y, por ello, no es posible evaluar ni aplicar medidas de prevención. En este caso, sólo es posible aplicar medidas de protección como EPI's, medidas de formación y desarrollar estrategias operativas que, por su naturaleza, quedarían fuera del ámbito de los cometidos propios de los SPRL.

3.2 ¿Cómo fue transpuesta a la LPRL esta exclusión contemplada en la DE de determinadas actividades?

La LPRL interpretó el artículo 3.2 de la DE en sentido amplio, de manera que excluyó de dicha Ley todas las actividades de la policía, de seguridad y de los servicios operativos de protección civil, de modo que quedaron fuera del amparo de la normativa de PRL tanto las actividades operativas (excluidas ya de algún modo de la DE) como las no operativas. En definitiva, excluyó a los policías y a los bomberos (entre otros) como colectivo y no sólo determinadas actividades que éstos desarrollan.

La conclusión de ello es que mientras que la DE pretende proteger a los trabajadores que desempeñan las actividades excluidas mediante el siguiente redactado *«En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva»*, la LPRL lo redacta del siguiente modo: *«No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades»*. Es decir, la normativa española entiende que la LPRL no es aplicable a los colectivos excluidos y que, por lo tanto, se debe dictar una normativa específica en materia de prevención de riesgos laborales para estos colectivos. Y esta nueva normativa debe inspirarse en la LPRL, porque entiende que el redactado de la misma no es directamente aplicable.

De igual modo lo interpretó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 12 de enero de 2006 (52) cuando se pronunció ante el recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas por incumplimiento, por parte del Reino de España, de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 88/391/CEE, de 12 de junio de 1989. El título de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de enero de 2006 reza así: *«Incumplimiento de Estado- Política social- protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores- Directiva 89/391/CEE- Ámbito de aplicación- Personal no civil de las Administraciones Públicas- Fuerzas armadas y policía- Inclusión»*. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia condenó al Reino de España por haber incumplido las obligaciones que le incumben al no haber adaptado íntegramente su ordenamiento jurídico interno a los artículos 2 y 4 de la DE y obligó al Reino de España a adaptar la DE a la policía y al resto de colectivos, porque la LPRL fue redactada pensando que estaban excluidos como colectivos.

La DE, por lo tanto, y tal como se ha expuesto anteriormente, fue redactada con el convencimiento de que el colectivo policial, el de seguridad y el de protección civil estaban incluidos en la misma, que las transposiciones a los distintos países les iban a incluir (de manera conjunta o separada del resto de los trabajadores) y que sólo determinadas actividades de este colectivo estarían excluidas de los principios preventivos de la DE. Así, en el punto 31 de la sentencia se dice: *«es preciso destacar que, como reconoció expresamente el gobierno español, el artículo 3, apartado 2, de dicha ley (Ley 31/95 de PRL) excluye del ámbito de aplicación de ésta las actividades de policía, seguridad y resguardo aduanero, y no sólo determinados cometidos en estos sectores de actividades que, habida cuenta de su naturaleza específica, pueden justificar tal excepción»*.

El artículo *«Normativa sobre PRL en las Fuerzas Armadas y en los Cuerpos de Seguridad»* (53) comenta la sentencia en diferentes párrafos: *«el motivo es no haber adaptado, o haberlo hecho sólo*

parcialmente, el ordenamiento jurídico nacional a los artículos 2 —apartados primero y segundo— y 4 de dicha Directiva; lo que excluye completamente a determinados colectivos del ámbito de prevención de la Ley 31/95 y normas de desarrollo,» y «El Tribunal considera probado que en el caso español la Ley 31/95 de PRL con la que pretende fundamentarse la oposición a la demanda se aplica únicamente al personal civil de las Administraciones Públicas, excluyendo permanentemente de su ámbito de vigencia todas las actividades de policía, seguridad y resguardo aduanero, sin diferenciar entre la naturaleza ordinaria o específica de sus cometidos...»

Y en esta línea, así expresa un conocido artículo (54) la necesidad de que la LPRL no sea el ámbito adecuado para la valoración de la aptitud para trabajar (VAPT) en el ámbito policial: *«El concepto de VAPT se puede desglosar en dos aspectos fundamentales: capacidad y riesgo. Es precisamente el riesgo, ese riesgo sobreañadido por las características psicofísicas del trabajador a los riesgos propios del trabajo, el que marca el aspecto preventivo de la VAPT y justifica su cabida dentro de la PRL. Existen otras situaciones en que se determina la aptitud para trabajar, pero que no entrarían en el contexto de la LPRL: — aquellas que valoran la capacidad independientemente del riesgo. Ej: incapacidad temporal (médico de familia), determinación de criterios para ser subsidiario de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo habitual (inspectores médicos de la Seguridad Social), selección de personal en el contexto de la gestión de recursos humanos, etc. — y aquellas que, aun teniendo en cuenta el riesgo, están sujetas a otras normativas diferentes a la LPRL y/o vinculadas a licencias administrativas (armas, conducción, etc.) o de acceso a ciertos cuerpos (policías, bomberos, etc.).»*

Lo que se acabó concluyendo es que los colectivos inicialmente excluidos de la LPRL no podían quedar excluidos del ámbito de la aplicación de la normativa de PRL. **Pero en ningún caso se concluyó que la aptitud psicofísica debiera ser valorada por los SPRL.**

4. LA MEDICINA DEL TRABAJO EN LAS EMPRESAS

El apartado 3 de la ORDEN SCO/1526/2005 (55) , sobre la definición de la especialidad y campo de acción de la Medicina del Trabajo, incluye, entre otras, los *Servicios Médicos/Unidades específicamente relacionados con un medio laboral concreto (Aeroespacial, Subacuático, Marítimo, de Inspección)*. Es precisamente en este ámbito y en *Área Pericial* (Art 4.3) donde se enmarcarían las funciones de los médicos especialistas en Medicina del Trabajo de un Servicio de Evaluación Médica en profesiones de alta trascendencia social.

Para poder presentar un modelo de gestión de la «aptitud laboral» coherente con el planteamiento de este artículo se expondrá, en primer lugar, cómo resuelven la cuestión la mayoría de las empresas españolas, y, en segundo lugar, se relacionarán otras empresas que sí delimitan, en mayor o menor medida, los conceptos anteriormente expuestos.

4.1. Único Servicio médico

El documento *«Valoración de la aptitud para trabajar»* (56) resulta especialmente interesante para entender el marco conceptual en el que se han basado la mayoría de empresas de este país a la hora de desarrollar sus propuestas en relación a la valoración de la aptitud de sus trabajadores. Así, se

puede constatar que la mayoría de ellas, incluidas las de transporte terrestre, han establecido que sean los Médicos del Trabajo pertenecientes al SPRL, propio o ajeno, los que determinen la aptitud, tanto laboral como psicofísica, de sus trabajadores. Como consecuencia de ello, numerosas sentencias revocan los despidos por falta de aptitud sobrevenida al considerar que se ha vulnerado el principio de voluntariedad del trabajador a someterse a la vigilancia de la salud o que se el SPRL se ha extralimitado en sus competencias (57) . También es cierto que algunas sentencias, algunas ya anteriormente comentadas, entienden que, si hay riesgo para terceros, el SPRL puede valorar la aptitud psicofísica (58) . Finalmente, según la Enciclopedia Práctica de Medicina del Trabajo (59) «*la valoración de la aptitud laboral es una de las actividades más relevantes de las que realiza el Médico del Trabajo.*» y remite al decálogo anteriormente expuesto, es decir, se perpetua en la creencia de que el mismo Médico del Trabajo puede realizar, en un mismo acto, la función asistencial y la pericial.

4.2. Diferentes órganos médicos

Las Fuerzas Armadas y Guardia Civil (60) (varias sentencias reconocen estos órganos médicos (61)), la Policía Nacional (62) , la Marina Mercante (63) , los Pilotos de la aviación civil (64) y el Colegio Oficial de Médicos de Barcelona (65) entre otros, tienen en común que sus actividades responden a la definición que se ha hecho de «alta trascendencia social» y entienden que la aptitud psicofísica de los trabajadores es esencial para el desarrollo de la profesión y que el SPRL no es el órgano que deba velar por que los trabajadores posean y mantengan estas aptitudes.

La Guía de Seguridad y Salud en el Trabajo (66) de La Policía Nacional Francesa distingue entre el SPRL y el Servicio de Evaluación Médica, del cual dice que «*La **medicina de la Police Nationale es una medicina evaluadora.** Es el servicio médico encargado de garantizar la aptitud física de los miembros del cuerpo en el ejercicio de la función policial y comprende desde el acceso al cuerpo policial hasta la jubilación de los funcionarios de la policía en servicio activo.*». Entre las competencias de este servicio de evaluación médica están: el control del absentismo , el control del acceso y de la reincorporación después de un período de ausencia, el retorno del arma, las peticiones de cambio de puesto de trabajo y la valoración de la aptitud laboral en el contexto de los expedientes disciplinarios.

5. DISCUSIÓN

La adecuada aptitud psicofísica de los trabajadores en profesiones consideradas de alta trascendencia social es un tema que genera cada vez más controversia en nuestra sociedad y ocupa cada vez más espacio en los medios de comunicación.

Por un lado, y a raíz de casos como el del accidente aéreo del vuelo GW19525, del día 24 de marzo de 2015, de Germanwings en el que fallecieron 150 pasajeros (67) o el de agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que hacen un uso inadecuado del arma, se exhorta a quienes tienen la obligación de garantizar la adecuada aptitud de estos trabajadores a que tomen las medidas necesarias para que los trágicos sucesos no se repitan.

Por otro lado, sin embargo, algunos sectores de la población solicitan cambios legislativos para que

se revisen las listas de las patologías de las convocatorias públicas a determinadas profesiones con el objetivo de permitir que algunas enfermedades no sean consideradas causa de exclusión médica en los procesos selectivos. Así, el Consejo de Ministros aprobó a finales del año 2018, un acuerdo que *«propone eliminar el VIH, la diabetes, la enfermedad celiaca y la psoriasis de las causas genéricas de exclusiones médicas exigibles para el acceso al empleo público y, en consecuencia, promover la modificación, por los departamentos ministeriales competentes, de aquellas normas reglamentarias que contemplen estas y otras enfermedades como causa de exclusión al empleo público»* (68) , propuesta materializada el 19 de febrero de 2019 según el siguiente redactado: *«Limitar de las causas de exclusiones médicas exigibles en todas las convocatorias de pruebas selectivas de Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado»* (69) .

El tema central a debatir es qué debe prevalecer, si el derecho individual a acceder a una profesión para la cual no se posee una adecuada aptitud psicofísica o bien el derecho de la sociedad a disponer de los profesionales con mejores condiciones y que puedan ejercer sus funciones de manera óptima. En el caso de optar por un modelo más eficiente, en el cual las personas escogidas sean las más capacitadas y en el que la seguridad del conjunto de la población sea un objetivo prioritario, la adecuada aptitud psicofísica de los trabajadores de las profesiones de alta trascendencia social es un punto crítico.

Y si la aptitud psicofísica es crítica, también lo es quien la determina. Se ha pretendido analizar el modelo actual de determinación de la aptitud laboral en España a la luz de la normativa vigente y de la aplicación que se hace de la misma en varias organizaciones. Y la conclusión a la que se llega es que la normativa es confusa porque no distingue entre aptitud laboral en cuanto a capacidad del trabajador para llevar a cabo la tarea con eficacia y sin riesgo (intrínseca o que depende del comportamiento del trabajador) de la aptitud laboral (extrínseca) que depende de las condiciones laborales (riesgos del puesto de trabajo).

Esta falta de claridad de la normativa condiciona, a su vez, que las dos aptitudes sean determinadas, en varias de las organizaciones con profesiones de alta trascendencia social, por los Médicos del Trabajo de los SPRL.

No parece conveniente que el mismo órgano médico determine la aptitud laboral y la aptitud psicofísica en este tipo de organizaciones porque la visita médica tendría dos objetivos contrapuestos: por un lado, revisar si el trabajo daña la salud del trabajador (acto asistencial) y, por otro, valorar si el trabajador posee las aptitudes para realizar el trabajo (acto pericial). Esta doble función puede tener efectos perniciosos sobre la seguridad jurídica de la organización, la cual tiene, a su vez y por lo menos, dos tipos de responsabilidades: la relativa a la seguridad de sus trabajadores (aptitud laboral) y la relativa a la seguridad de terceras personas (aptitud psicofísica). De hecho, este conflicto de rol podría ser etiquetado de fallo en un sistema de análisis de errores (70) .

No tiene sentido pretender regular la aptitud psicofísica, tan relevante en algunas profesiones, a través de la segunda excepción del artículo 22 sobre la voluntariedad de la vigilancia de la salud y del artículo 25, relativo a trabajadores especialmente sensibles, de una ley que fue redactada pensando que dichas profesiones estaban excluidas de la misma.

La aptitud psicofísica está relacionada con la capacidad de un trabajador para llevar a cabo las tareas de un puesto de trabajo altamente demandante física, sensorial o mentalmente y es especialmente relevante en algunas profesiones de servicio público. En estas profesiones se busca a la persona más adecuada para el puesto de trabajo y para ello se realizan procesos selectivos que incluyen causas de exclusión médica y pruebas físicas. Esta aptitud, sin embargo, presenta un segundo aspecto crítico, ya que el envejecimiento, las enfermedades o las situaciones transitorias derivadas del consumo de alcohol, drogas, medicación o de la aparición de situaciones vitales estresantes, pueden disminuir la capacidad para el trabajo y constituir un riesgo para terceras personas. Ante esta situación, elementos como el arma de fuego o el avión se convierten en herramientas peligrosas en manos de quien no posee la adecuada capacidad. Las preguntas que hay que formularse ante un trabajador en relación con su aptitud psicofísica son dos: ¿es capaz de realizar el trabajo? ¿es peligroso para terceras personas que realice el trabajo en su situación actual? Ambas preguntas están relacionadas con características intrínsecas al trabajador.

En cambio, la aptitud laboral descansa en el derecho del trabajador a no ser dañado por los riesgos del puesto de trabajo. No se debería hablar de trabajador no apto sino de puesto de trabajo no apto, por ser los riesgos del mismo inadmisibles, bien por su magnitud o por pertenecer el trabajador a uno de los grupos de especial sensibilidad (menores, embarazadas). En este caso se está hablando de una característica externa al trabajador y la pregunta adecuada es: ¿daña el trabajo al trabajador?

Por otro lado, el trabajador tiene derecho a una vigilancia efectiva de su salud, sin ambigüedades sobre el objeto de la misma y que consiste en detectar sistemática y regularmente los síntomas y signos precoces de los daños derivados del trabajo. Esta vigilancia debe ser:

1. Voluntaria: La DE dice que *«se permitirá que cada trabajador, si así lo deseara, pueda someterse a una vigilancia de la salud a intervalos regulares»*.
2. Específica: El Real Decreto 843/2011, por el que se establecen los criterios básicos para desarrollar la actividad sanitaria de los SPRL señala: No se incluirán exploraciones ni pruebas que no estén relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas.
3. Sin perjudicar al trabajador: Se estudiarán las enfermedades a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre las causas de la enfermedad y los riesgos para la salud de los lugares de trabajo.

Cuando un médico de vigilancia de la salud valora la aptitud psicofísica de un trabajador se genera un conflicto de rol. Estamos acostumbrados a que los médicos de familia ejerzan funciones asistenciales y periciales de manera simultánea (valoración aptitud para trabajar en las propuestas de incapacidad temporal o permanente). Las consecuencias de esta doble función son económicas y relacionadas con un incremento del absentismo. Pero las consecuencias de que el médico de vigilancia de la salud realice funciones asistenciales y periciales son mayores: puede, además de generar desconfianza en el trabajador, dejar desprotegida a la organización frente a las responsabilidades civiles y administrativas al no poder garantizar la adecuada aptitud psicofísica de sus trabajadores.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en una sentencia de 12 de enero de 2006 sancionó al Reino de España al considerar probado que la Ley 31/95 de PRL había excluido de su ámbito de aplicación a varios colectivos (71). La DE excluye sólo determinadas actividades operativas de estos colectivos. Pero la LPRL excluyó a los colectivos en conjunto. La LPRL, en consecuencia, se redactó con la seguridad de que las profesiones excluidas disponían de un servicio de evaluación médica y que no era necesario dotarlas de un SPRL porque se consideró que la aptitud psicofísica era lo esencial y, además, porque son profesiones en las que el riesgo es consustancial a la tarea. La LPRL quiso incluir determinadas situaciones de falta de aptitud psicofísica para aquellas organizaciones sin Servicios de Evaluación Médica, en concreto, en la segunda excepción en relación a la voluntariedad de la Vigilancia de la Salud del artículo 22 (verificar si estado de salud puede constituir un peligro) y en el artículo 25 en relación con los trabajadores especialmente sensibles. Lo que finalmente sentenció el Tribunal de Justicia es que estos colectivos no podían quedar al margen del ámbito de la aplicación de la normativa de PRL, no que la aptitud psicofísica debiera ser valorada por los SPRL.

Cuando el SPRL valora la aptitud psicofísica de un trabajador está actuando como un Servicio de Evaluación Médica (acto pericial) y queda inutilizado para valorar las consecuencias de los riesgos del puesto de trabajo (acto asistencial), porque genera desconfianza en el trabajador.

6. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se puso de manifiesto al inicio del presente texto (*Cfr. supra*, apartado 2.2.), existen algunas profesiones de alta trascendencia social en las que —si no se garantiza que los trabajadores desempeñan su trabajo con las adecuadas capacidades psicofísicas—, puede ponerse en riesgo su propia salud y, sobre todo, la salud (entendida como concepto amplio de bienestar físico, mental y social) de terceras personas. Dichas profesiones, como se ha apuntado, se refieren a los cuerpos y fuerzas de seguridad, a los conductores de transportes públicos, al personal sanitario, a los trabajadores que manejan materiales o maquinaria peligrosa y, en general, aquellas profesiones de las cuales se espera la toma de decisiones de gran trascendencia para la vida de las personas y que requieren la superación de un examen médico como requisito previo a la contratación.

Como se ha explicado, en la mentada evaluación médica pre-laboral de estas profesiones se examina la aptitud psicofísica. A ello se ha procedido a lo largo de este trabajo, para después mostrar la importancia de que se colme la laguna —actualmente existente— de una ausencia de re-evaluación periódica de las aptitudes psicofísicas.

En este sentido, es conveniente poner de manifiesto que la necesidad de que existan las referidas re-evaluaciones no es importante únicamente desde el punto de vista puramente «médico». También lo es a efectos de garantizar el cumplimiento con la Legislación nacional e internacional, cada vez más incisiva en la necesidad de que las personas jurídicas —ya sean empresas o corporaciones de otra naturaleza—, cuenten con una serie de medidas de prevención y detección de riesgos (en sentido amplio y no sólo referido a los riesgos laborales a los que hace referencia la LPRL), a las que se conoce como «programas de cumplimiento normativo» o «*corporate compliance programs*».

En síntesis, dichos programas consisten en una serie de protocolos y políticas orientados a que sean las propias organizaciones las que se auto-regulen y asuman el «*control de la prevención de los riesgos*» (en sentido amplio) que pueden derivarse de su actividad y estructura. De este modo, los programas de *compliance* son un instrumento que muestra de modo paradigmático el rol que progresivamente están asumiendo las empresas, en tanto que colaboradores o agentes del Estado para el aseguramiento de las políticas públicas.

Si bien con anterioridad al año 2010 las empresas fueron implementando en sus organizaciones distintos instrumentos tendentes a mitigar riesgos, tales como los programas de prevención de riesgos laborales o los protocolos de prevención de blanqueo, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código penal, la necesidad de que dichos instrumentos preventivos fueran ampliados y complementados mediante programas de *compliance* se hizo ineludible. Ello, por cuanto el Código penal estableció en su artículo 31 bis que las empresas pueden ser hechas responsables de los delitos que se cometan en su organización por parte de sus directivos o de sus empleados, por carecer la persona jurídica de los adecuados mecanismos de supervisión, vigilancia y control.

Es decir, en los casos previstos en el Código penal, una empresa u organización con personalidad jurídica puede ser condenada penalmente a multas de elevada cuantía y a otras sanciones como la suspensión de actividades, la prohibición de obtener subvenciones públicas y de contratar con el sector público, la intervención judicial e incluso la disolución, por el hecho de no contar con medidas de vigilancia y control adecuadas (programa de *compliance*).

Esta cuestión, trasladada al objeto de la presente investigación, tiene una gran relevancia. Como se viene poniendo de manifiesto, la Legislación en materia de prevención de riesgos laborales —LPRL y posterior normativa de desarrollo— promueve que la vigilancia de la salud de los trabajadores esté sometida a protocolos específicos con respecto a los factores de riesgo a los que está expuesto el trabajador. Sin embargo, la propia normativa ha originado una gran confusión en cuanto a los objetivos que parece tener la referida vigilancia de la salud, pues, en numerosas ocasiones, equipara la aptitud laboral con la aptitud psicofísica y, de este modo, provoca que su evaluación recaiga en un único servicio.

Además de los conflictos de interés que pueden surgir en los médicos que ejecutan las referidas evaluaciones, la confusión de esferas dificulta que se lleve a cabo una verdadera evaluación psicofísica de los trabajadores, distinta en su alcance y objetivos de la evaluación de la aptitud laboral. Lo cual, como se ha destacado, tiene una especial relevancia en los casos de organizaciones de alta trascendencia social, en las que la mitigación de riesgos respecto de terceras personas está directamente vinculada con la adecuada aptitud psicofísica de los trabajadores.

A la vista de la descrita confusión legislativa y, consecuentemente, de las carencias existentes para que las organizaciones de especial trascendencia social puedan llevar a cabo una adecuada evaluación psicofísica de sus trabajadores, es conveniente destacar el importante papel que están llamados a desempeñar los programas de *compliance*, como vía de solución inmediata a dichos

problemas.

Así, mientras no cambie la normativa, los programas de *compliance* se muestran como el instrumento más idóneo para facilitar que en el marco de una organización se distinga entre evaluación de la aptitud psicofísica y valoración de la aptitud laboral del trabajador, así como para que dicha labor sea llevada a cabo por órganos médicos diferenciados. Un programa de *compliance* que contara con un protocolo que llevara a cabo dichas distinciones y que promoviera que la organización se dotara de los medios necesarios para contar con distintos departamentos médicos garantizaría una verdadera «vigilancia (o control en sentido amplio) de la salud» en el entorno laboral.

Ello, como se viene exponiendo, sería una **vía de evitar riesgos de accidentes o daños para el propio trabajador y para terceras personas**. Pero, además, sería el modo de que la organización evitara su propia responsabilidad penal por los delitos de sus empleados.

Así lo señala la propia Circular 1/2016 de Fiscalía General del Estado (FGE), sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicho texto, que constituye una guía o «manual de instrucciones» para quienes tienen el deber de ejercer la acusación contra las empresas en las que se cometa un delito, dispone que un programa de *compliance* se considerará eficaz y, por ende, permitirá excluir la responsabilidad penal de una organización, si —entre otras cuestiones— cuenta con protocolos de vigilancia y selección del personal. Así, señala literalmente que:

«La mejor vía de prevención de estas conductas es la adecuada selección de directivos y empleados. Por lo tanto, [...] los Sres. Fiscales deberán valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto».
(Resaltado añadido).

Si bien es cierto que la Circular FGE 1/2016 no menciona expresamente la vigilancia y el control de la salud a las que aquí se viene haciendo referencia, es indudable que la selección de personal, así como su promoción, están íntimamente ligadas con ésta. Una empresa que contase con mecanismos de selección de personal muy exigentes —como es el caso, precisamente, de las organizaciones de alta trascendencia social—, pero que careciera de mecanismos de seguimiento o re-evaluación que asegurasen que los trabajadores siguen cualificados para desempeñar las funciones propias de su puesto de trabajo, no tendría un programa de *compliance* adecuado con el que evitar eventuales responsabilidades penales.

En este sentido, debe apuntarse que en nuestro país las empresas no responden penalmente por todos los delitos del Código penal. Así, por ejemplo, en virtud del Código penal español, no podría hacerse responsable a la empresa en un caso de asesinato como el del siniestro de Germanwings en 2015, porque las empresas no responden por delitos contra la vida. Pero, sin embargo, sí podrían llegar a responder penalmente los directivos de dicha corporación por no haber establecido los mecanismos de control —entre otros, vigilancia y control de la salud— respecto de sus trabajadores. Además, la empresa podría ser condenada como responsable civil subsidiaria de los daños

ocasionados por dicho siniestro, debiendo asumir los costes de la indemnización a las víctimas. Es lo que está ocurriendo en el caso de ADIF y el accidente ocurrido a las puertas de Santiago de Compostela en julio de 2013. Además de estar imputado el maquinista por un delito de homicidio por imprudencia profesional, también están siendo investigados el director de Seguridad en la Circulación de ADIF y el director de Seguridad en la Circulación de RENFE.

De ahí que, frente al riesgo de responsabilidades penales por siniestros ocurridos en el marco de organizaciones con especial trascendencia social, la mejor defensa de los directivos y de la propia empresa, sería acreditar que ésta contaba con un adecuado programa de *compliance* en virtud del cual se había sometido al trabajador —un maquinista, un piloto, etc.— a los debidos controles de aptitud psicofísica, como algo diferenciado de la aptitud laboral.

En conclusión, los programas de *compliance* se muestran como el instrumento más idóneo para garantizar un adecuado control de la salud en organizaciones de especial trascendencia social, donde debe distinguirse entre la evaluación de la aptitud laboral de la aptitud psicofísica, y donde la vigilancia de la salud debe ser específica —en función de los riesgos a los que está sometido el trabajador en su concreto lugar de trabajo—.

Para ello es preciso que, tal y como establece el artículo 31 bis.5 del Código penal, las corporaciones lleven a cabo un análisis de los riesgos (en sentido amplio) que pueden producirse en el marco de su organización, que diseñen e implementen los protocolos específicos tendentes a mitigar dichos riesgos y que destinen recursos económicos suficientes para hacerlos efectivos:

«Los modelos de organización y gestión [...] deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
- 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*
- 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos [...].»*

Ello, trasladado a la problemática planteada en la presente investigación se concretaría en las siguientes **recomendaciones**:

- 1.** Creación de un grupo de trabajo para analizar y determinar qué profesiones deben ser consideradas de alta trascendencia social y cuáles no, con el objetivo de garantizar que los trabajadores de estas organizaciones posean una adecuada aptitud psicofísica en el momento de la contratación y que la mantengan a lo largo de su vida profesional o mientras desarrollen las tareas críticas, con el establecimiento de salidas dignas cuando no las posean.
- 2.** Las organizaciones de alta trascendencia social deberían implementar un programa de

compliance con los protocolos necesarios para garantizar una evaluación diferenciada y específica de la aptitud laboral y de la aptitud psicofísica de sus trabajadores. En dichos protocolos deberían concretarse cuestiones tales como el objeto de cada una de dichas evaluaciones, los profesionales encargados de acometerlas, la periodicidad con la que deberían practicarse o el modo en el que compatibilizar la confidencialidad con el derecho de la empresa a conocer la aptitud psicofísica de sus trabajadores. Todo ello, en aras a evitar conflictos de intereses entre los médicos encargados de acometer las evaluaciones médicas y también para garantizar que la organización tenga acceso a la información necesaria para asegurar un efectivo control de la salud de sus trabajadores.

3. Las organizaciones de alta trascendencia social tendrían que destinar los recursos económicos necesarios a la creación de un departamento de evaluación de la aptitud psicofísica, distinta del servicio de prevención de riesgos laborales, en la que la labor de los profesionales que evalúan se distinguiera de la labor asistencial del SPRL.
4. Definir mecanismos de colaboración entre los servicios de evaluación médica de la organización y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y las unidades de evaluación propias (EVIS; ICAM).

(1)

Para un análisis del «deber de vigilancia» desde el punto de vista del Derecho penal y el compliance, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2.ª edición ampliada y actualizada, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

[Ver Texto](#)

- (2) KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 283-284. En el mismo sentido, cfr. también: HENKEL, *MschrKrim.*, 1961, p. 190; JESCHECK, *LK*, 11.ª ed., 1993, § 13, n.º m. 19 ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 13, n.º m. 24 ss.; STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25.ª ed., 1997, § 13, n.º m. 9; JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, 5ª ed. 1996, pp. 621 ss.; KÜHL, *Allg. Teil*, 1994, § 18, n.º m. 44 ss.; MAURACH/GRÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil 2*, 7.ª ed., 1989, § 46, n.º m. 64 s.; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 2.ª ed., 1975, 16/39; WESSELS, *Allg. Teil*, n.º m. 716 ss.

[Ver Texto](#)

- (3) Jefatura del Estado. Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, páginas 32590 a 32611.

[Ver Texto](#)

- (4) Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989 (89/391/CCE. DOCE 183 de 29.6.1989, p. 1).

[Ver Texto](#)

- (5) Guía de criterios de aptitud para trabajadores del ámbito sanitario. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo. Instituto de Salud Carlos III.

Ver Texto

(6) SANTAULARIA A, SCHLAGHECKE J. «*La aptitud laboral y la aptitud psicofísica en las profesiones de riesgo*» *Arch Prev Riesgos Labor*, 2017; 20(1):26-29.

Ver Texto

(7) RODRÍGUEZ-JAREÑO MC, DE MONTSERRAT J. «¿Es posible mejorar la utilidad preventiva de la vigilancia de la salud de los trabajadores en el actual marco normativo?» *Arch Prev Riesgos Labor* 2017; 20(2):80-101.

Ver Texto

(8) STS 22/07/2005 STS 5138/2005 - ECLI: ES:TS:2005:5138.

Ver Texto

(9) STSJ CLM 4433/2009 - ECLI: ES:TSJCLM:2009:4433.

Ver Texto

(10) STSJ CAT 10937/2016 - ECLI: ES:TSJCAT:2016:10937.

Ver Texto

(11) STSJ CLM 978/2016 - ECLI: ES:TSJCLM:2016:978

Ver Texto

(12) STS 3500/1990 - ECLI: ES:TS:1990:3500

Ver Texto

(13) STSJ M 11382/2016 - ECLI: ES:TSJM:2016:11382.

Ver Texto

(14) Real Decreto 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. RD N°277/1997 (31 Ene 1997).

Ver Texto

(15) Constitución de la Organización Mundial de la Salud, aprobada en la Conferencia Internacional de Salud de 1946, y que entró en vigor el 7 de abril de 1948. Glosario de Promoción de la Salud. Traducción del Ministerio de Sanidad. Madrid (1999).

Ver Texto

(16) Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. RDL. N.º 261/2015 (31 Oct 2015).

Ver Texto

(17) Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. RDL. N.º 255/2015 (23 Oct 2015).

Ver Texto

(18) Serra C, Boix P, Montserrat J, Purí E, Rodríguez MC, Plana M et al. Decálogo de la valoración de la aptitud para trabajar. Arch Prev Riesgos Labor. 2007;10 (2): 93-97.

Ver Texto

(19) Resolució de 6 de juliol de 2017, del Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya, de convocatòria mitjançant oposició lliure per cobrir places de la categoria de mosso/a de l'escala bàsica del cos de Mossos d'Esquadra. R.N.º 1586/2017 (7 Jul 2017).

Ver Texto

(20) Fernández S. Acceso al empleo público: igualdad e integridad. ISSN [Internet]. 2017 [acceso 17 Abr 2017]; 46. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507941>

Ver Texto

(21) Aptitud en la vigilancia de la salud. SMSHTAR [Internet][acceso 12 Nov 2018]. Disponible en: https://www.smhstar.org/archivos/110301_DrOscar_Montes.pdf

Ver Texto

(22) Ministerio de Sanidad, Consumo y Seguridad Social [Internet][acceso 12 Nov 2018]. Disponible en: <https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/portada/home.htm>

Ver Texto

(23) NTP 471: La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Ver Texto

(24) Vigilancia de la Salud. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud. [Internet][acceso 12 Nov 2018]. Disponible en: <http://www.istas.net/web/index.asp?idpagina=204>

Ver Texto

(25) Del mismo modo, el artículo 25 de la LPRL hace referencia a que *«el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos... Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico..., puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no*

respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo».

Ver Texto

⁽²⁶⁾ Cfr. arts. 37.3.c y d) del Real Decreto 39/1997 de 31 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. Se hace hace mención explícita a que el personal sanitario del SPRL deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo.

Por su parte, el Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los SPRL en su preámbulo, hace referencia a que *«la actividad sanitaria de los servicios de prevención incluye, entre otras y como principal actividad, a la vigilancia de la salud, que mediante procedimientos adecuadamente validados tiene como objetivo detectar sistemática y regularmente los síntomas y signos precoces de los daños derivados del trabajo, detectar situaciones de riesgo, así como proponer las medidas preventivas necesarias»*. Especial mención merece el artículo 3: *«con carácter general, no se incluirán entre las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios sanitarios de los servicios de prevención la realización de exploraciones y pruebas no relacionadas con los riesgos laborales específicos de las tareas asignadas a los trabajadores o con riesgos inespecíficos que puedan dar lugar a agravar patologías previas. En todo caso, toda prueba o exploración deberá acompañarse de la mención explícita del riesgo o problema de salud asociado a la actividad laboral que se pretende examinar»*.

Ver Texto

⁽²⁷⁾ MARÍN J. *El derecho de los trabajadores a la vigilancia de la salud y sus especificidades en la administración pública*. [Internet] 1a ed. Barcelona: CEMICAL; 2009. [acceso 25 Oct. 2016] Disponible en: http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/marinarce_preveccionriesgoslaborales.pdf

Ver Texto

⁽²⁸⁾ STC 196/2004 de 15 de noviembre

Ver Texto

⁽²⁹⁾ STS 1199/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1199

Ver Texto

⁽³⁰⁾ RODRÍGUEZ JAREÑO MC. *Vigilancia de la salud de los trabajadores en el contexto de la prevención de riesgos laborales. Calidad y utilidad preventiva de los exámenes de salud* [tesis doctoral]. Girona: Universitat de Girona ; 2016. 208 p. [Internet][acceso 12 Nov 2018]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/396181>

Ver Texto

⁽³¹⁾ Directive 89/391/EEC-OSH «Framework Directive» [Internet][acceso 12 Nov 2018]. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1>

Ver Texto

- (32) INVASSAT Generalitat Valenciana. Criterio para la consideración de un trabajador como especialmente sensible a determinados riesgos del Trabajo. [Internet][acceso 12 dic 2018] Nov 2015. Disponible en:
<http://www.invassat.gva.es/documents/161660384/161741829/CRITERIO+PARA+LA+CONSIDERACI%C3%93N+DE+UN+TRABAJADOR+COMO+ESPECIALMENTE+SENSIBLE+A+DETERMINADOS+RIESGOS+DEL+TRABAJO/7b543960-1d07-4e5f-ac02-0d2f76d300c7>
- Ver Texto
- (33) SANTAULARIA A, SCHLAGHECKE J., «La aptitud laboral y la aptitud psicofísica en las profesiones de riesgo», *Arch Prev Riesgos Labor.* 2017;20(1):26-29.
- Ver Texto
- (34) Cfr. *Ibid.*
- Ver Texto
- (35) Consell del Col•legis de Metges de Catalunya. Codi de Deontologia de Catalunya. Barcelona: Consell de Col•legis de Metges de Catalunya; 1 abr 2005. [Internet][acceso 16 may 2018] Disponible en:
https://www.comb.cat/cat/colegi/docs/codi_deontologic.pdf
- Ver Texto
- (36) Comision Internacional de Salud Laboral. Código internacional de ética para los profesionales de la salud en el trabajo. De la ICOH. 3ª edición 2015[Internet][acceso 16 may 2018]. Disponible en:
<http://www.icohweb.org/site/code-of-ethics.asp>
- Ver Texto
- (37)
 STS 3046/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3046
- Ver Texto
- (38) ALLEN MG, HIBLER NS, MILLER R. *Fitness for Duty Evaluations of Law Enforcement officers in Accordance with Federal Occupational Health Procedures.* [Internet][acceso 16 May 2018] Disponible en:
http://webapp1.dlib.indiana.edu/virtual_disk_library/index.cgi/4951188/FID707/Root/New/007PG27-.PDF
- Ver Texto
- (39) El empresario tiene responsabilidad en ambas situaciones, pero de forma diferente. En el primer caso, el empresario responde por los daños que su trabajador pueda causar a terceras personas por una insuficiente aptitud de aquél. En el segundo, debe responder por los daños que el trabajo pueda causar al propio trabajador.
- Ver Texto

- (40) RODRÍGUEZ JAREÑO MC. *Vigilancia de la salud de los trabajadores en el contexto de la prevención de riesgos laborales. Calidad y utilidad preventiva de los exámenes de salud* [tesis doctoral]. Girona: Universitat de Girona; 2016. 208 p. [Internet][acceso 12 Nov 2018]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/396181>
- Ver Texto
- (41) SANTAULARIA A, SCHLAGHECKE J. Respuesta: La vigilancia de la salud y la valoración de la aptitud para trabajar: deconstruir, reconceptualizar y consensuar para mejorar.
- Ver Texto
- (42) Aspectos jurídicos. Voluntariedad versus obligatoriedad. [Internet][acceso 15 Dic 2018] Disponible en: (<http://aspectosjuridicosprl.blogspot.com/2016/09/voluntariedad-vs-obligatoriedad-del.html>) (15/10/2018).
- Ver Texto
- (43) STS 3046/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3046
- Ver Texto
- (44) ATS 463/2017 - ECLI: ES:TS:2017:463A
- Ver Texto
- (45) STS 1199/2018 - ECLI: ES:TS:2018:1199
- Ver Texto
- (46) STS 3046/2015 - ECLI: ES:TS:2015:3046
- Ver Texto
- (47) Jefatura del Estado. Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, páginas 64427 a 64478.
- Ver Texto
- (48) Organización Internacional del Trabajo. Principios directivos técnicos y éticos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores. Ginebra: OIT; 1998.
- Ver Texto
- (49) Direcció General de Relacions Laborals del Departament de Treball i Indústria de la Generalitat de Catalunya. Manual per a la identificació i avaluació de riscos laborals. Biblioteca de Catalunya; 2005.
- Ver Texto
- (50) Directive 89/391/EEC-OSH «Framework Directive» [Internet][acceso 12 Nov 2018]. Disponible en: <https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1>

Ver Texto

(51) Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989 (89/391/CCE. DOCE 183 de 29.6.1989, p.1)

Ver Texto

(52) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 12 de enero de 2006. DOCE de 11 mar 2006. Asunto C-132/04.

Ver Texto

(53) Rodríguez J, Carnicer E. Normativa sobre PRL en las Fuerzas Armadas y en los Cuerpos de Seguridad. Gestión Práctica de Riesgos Laborales. Nov 2006. [acceso 14 dic 2018] Disponible en: <http://pdfs.wke.es/8/5/2/9/pd0000018529.pdf>

Ver Texto

(54) RODRÍGUEZ-JAREÑO MC, DE MONTSERRAT J. «¿Es posible mejorar la utilidad preventiva de la vigilancia de la salud de los trabajadores en el actual marco normativo?» *Arch Prev Riesgos Labor* 2017;20(2):80-101.

Ver Texto

(55) Orden SCO/1526/2005, de 5 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Medicina del Trabajo. BOE N.º 127/2005 (8 may 2005).

Ver Texto

(56) SERRA C, BOIX P, MONTSERRAT J, PURTÍ E, RODRÍGUEZ MC, PLANA M ET AL., «Decálogo de la valoración de la aptitud para trabajar», *Arch Prev Riesgos Labor*. 2007;10 (2): 93-97.

Ver Texto

(57) STSJAS 1919 de 2016-ECLI: ES: TSJAS:2016:1919.

Ver Texto

(58) STSJ AND 9710/2013 - ECLI: ES:TSJAND:2013:9710 y STSJ CL 2421/2016 - ECLI: ES:TSJCL:2016:2421

Ver Texto

(59) Enciclopedia Práctica de Medicina del Trabajo. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Madrid, diciembre de 2018. [acceso 5 May 2019] Disponible en: https://www.insst.es/InshtWeb/Enciclopedia_practica_de_Medicina_del_Trabajo.pdf

Ver Texto

(60) Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la

aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas. RD. N.º 186/2001 (4 ago 2001).

Ver Texto

(61) ST FFAA SAM TSJ M 12909/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:12909; ST FFAA SAM STSJ - ECLI: ES:TSJAR:2017:1419; ST FFAA SAM STSJ MU 781/2015 - ECLI: ES:TSJMU:2015:781 y STS 2579/2016 - ECLI: ES:TS:2016:2579.

Ver Texto

(62) Jefatura del Estado. Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, páginas 64427 a 64478.

Ver Texto

(63) El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. RDL. N.º 253/2011 (20 nov 2011).

Ver Texto

(64) Orden FOM/1267/2008, de 28 de abril, por la que se modifican la Orden de 21 de marzo de 2000, y la Orden fom/2157/2003, de 18 de julio, que regulan diversos requisitos de las licencias de la tripulación de vuelo de aviones y helicópteros civiles, relativos a la organización médico-aeronáutica y la autorización de los centros médicos-aeronáuticos y médicos examinadores. O. N.º 110/2008 (6 de mayo de 2008).

Ver Texto

(65) Col•legi Oficial de Metges de Barcelona; Fundació Galatea. El Programa d'Atenció Integral al Metge Malalt i el control de l'exercici professional. L'experiència del Col•legi de Metges de Barcelona. [acceso 27 de nov 2018] Disponible en: <http://www.fgalatea.org/pdf/paimm.pdf>

Ver Texto

(66) Guide santé et sécurité au travail. Cabinet Direction des Ressources et Competances-Pôle Ressources Humains. Sous direction Action Sociale et Accompagnement Personnel. Direction Générale de la Police Nationale. [acceso 10 Abr 2019] Disponible en: <http://www.unitesgppolice.com/guide-%C2%AB-sant%C3%A9-s%C3%A9curit%C3%A9-au-travail-dans-la-police-nationale-%C2%BB>

Ver Texto

(67) Col•legi de Metges de Barcelona. Document de posició col•legial. El secret professional mèdic i la protecció a tercers. Reflexions i propostes arran de l'accident d'aviació de Germanwings ocorregut als Alps francesos ocorregut francesos el 24 de març de 2015; 31 mar 2016. [Internet][acceso 13 dic 2018] Disponible en: <https://www.comb.cat/Upload/Documents/6767.PDF>

Ver Texto

(68) Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Actualizadas las causas médicas de exclusión en el

acceso al empleo público. [acceso 31 ene 2019] Disponible en:

http://www.seat.mpr.gob.es/portal/prensa/actualidad/noticias/2018/11/20181130_3.html

Ver Texto

(69) Orden PCI/154/2019, de 19 de febrero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2018, por el que se aprueban instrucciones para actualizar las convocatorias de pruebas selectivas de personal funcionario, estatutario y laboral, civil y militar, en orden a eliminar ciertas causas médicas de exclusión en el acceso al empleo público. BOE N.º 44/2019 (19 Nov 2019).

Ver Texto

(70) Reason, James. Human error: models and management. BMJ 2000 Mar 18;320(7237) [acceso 31 ene 2019] Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1117770/>

Ver Texto

(71) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) de 12 de enero de 2006. DOCE de 11 mar 2006. Asunto C-132/04.

Ver Texto