

# LA TRANSVERSABILIDAD NORMATIVA DE LA SALUD COMO DERECHO

**Mónica Ricou Casal**

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



**TESIS DOCTORAL**

**LA TRANVERSABILIDAD NORMATIVA  
DE LA SALUD COMO DERECHO**

**MONICA RICOU CASAL**

**2023**





**TESIS DOCTORAL**

**LA TRANVERSABILIDAD NORMATIVA  
DE LA SALUD COMO DERECHO**

**MONICA RICOU CASAL**

**2023**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMIA Y  
EMPRESA**

**Dirigida por:**

**DR. FERRAN CAMAS RODA**

**Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la  
Universidad de Girona**

**Tesis presentada para optar al título de doctora por la Universidad de  
Girona**



***DEDICADA A:***

*Mis padres, tíos, tías y yayos*



## **AGRADECIMIENTOS**

*A mi director de tesis por su paciencia y enseñanza, Ferrán Camas.*

*A las y los compañeros del Área de derecho del trabajo y Seguridad Social por su  
siempre ayuda y colaboración.*

*Al equipo de la biblioteca de la UDG de Montilivi y al SOD de Barri Vell por hacer lo  
imposible siempre.*

*A la Xarxa de Perspectiva de Gènere a la Docència de la UDG por sus conocimientos  
sobre igualdad.*

*Al Médico Martí Vallés y exalcalde del Ayuntamiento de Cassà de la Selva por su  
motivación.*

*A Cristina y Nadia por ayudarme.*

*A Germán por impulsar esta tesis.*

*A Andres De la Fuente, por su amistad, y por ayudarme a creer en mi desde el inicio de  
mi carrera profesional: "El arte de la Prudencia"*

*Al color azul de los ojos del mar: Edgar*





## PRINCIPALES ABREVIATURAS

APS	Agencias de Protección de la Salud
ART.	Artículo
ATEP	Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000
CE	Constitución Española sancionada y promulgada por el Rey el 27 de diciembre de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos adoptado el 4 de noviembre de 1950
CES	Confederación europea de Sindicatos
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades. Última versión de la CIE, la CIE-11 adoptada por la 72ª Asamblea Mundial de la Salud el 2019 y entró en vigor el 1 de enero de 2022.
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud aprobada por la Asamblea Mundial de la Salud el 22 de mayo de 2001
CCAA	Comunidades Autónomas
COVID-19	Enfermedad del virus del síndrome respiratorio agudo y grave-coronavirus 2 causada en el 2019 por el virus SARS-Cov- 2
CSE	Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996
DUDH	Declaración de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948
EAC	LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña
EP	Enfermedad profesional

EPI	Equipo de Protección Individual
ESPII	Emergencia Sanitaria Internacional
ET	RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
ICHI	Clasificación internacional de intervenciones sanitarias desarrollado por la OMS desde 2012
IMV	Ingreso Mínimo Vital
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Incapacidad permanente
IT	Incapacidad temporal
ITSS	Inspección de trabajo y Seguridad Social
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSS	Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS	RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social
LO	Ley orgánica
LOIMH	LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LSS	Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social
LGSS94	RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (disposición derogada)

LGSS	RD Legislativo 8/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LOGILX	Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la Libertad sexual.
MCSS	Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
PRL	Prevención de riesgos laborales
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966
PIDSE	Pacto Internacional de derechos económicos sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966
PEDS	Pilar Europeo de Derechos Sociales proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en 2017
RSI	Reglamento Sanitario Internacional-2005. Adoptado por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2005
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención
SCS	Servei Català de la Salut
SNS	Sistema Nacional de Salud
SST	Seguridad y salud en el trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del tribunal superior de justicia

STSJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tecnologías de la información y comunicación
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Firmado en Roma en 1957 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
UE	Unión Europea
NU	Naciones Unidas



# INDICE

## RESUMEN / RESUM / ABSTRACT

### INTRODUCCION.....1

### I.EL DERECHO A LA SALUD EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL .....11

1. EL DERECHO A LA SALUD Y LA OMS .....	12
1.1. El Reglamento Sanitario Internacional .....	18
1.2. La OMS y la pandemia internacional del COVID-19.....	22
1.3. Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE).....	26
2. EL DERECHO A LA SALUD Y NACIONES UNIDAS .....	29
2.1. Declaración universal de derechos humanos .....	30
2.2. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.....	35
2.3. Agenda 2030. La meta 8.8 del Objetivo 8. ....	43
3. EL DERECHO A LA SALUD Y LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.....	46
3.1. Principios y derechos fundamentales en el trabajo .....	46
3.2. La seguridad y salud en el trabajo y la OIT .....	50
3.2.1. <i>Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981</i> .....	63
3.2.2. <i>Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) y el derecho a la salud</i> .....	65
3.2.3. <i>Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (número 187)</i> .....	67
3.2.4. <i>Convenio sobre las y los trabajadores domésticos (núm. 189), Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190) y Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177)</i> .....	70
3.3. La COVID-19 y la OIT .....	76

## **II.EL DERECHO A LA SALUD EN EL ÁMBITO REGIONAL EUROPEO .....79**

1. EL DERECHO A LA SALUD Y LA UNIÓN EUROPEA.....	80
1.1. La seguridad y salud en el trabajo en el marco de la unión europea.....	80
1.1.1. LA UE. Seguridad y salud en el trabajo y COVID-19.....	84
1.1.2. UE. Seguridad y Salud en el trabajo. Exposición al amianto.....	92
1.2. Pilar Europeo de derechos sociales .....	94
1.3. La Directiva Marco 89/391/CE y la seguridad y la salud en el trabajo .....	96
1.4. La Directiva 2003/88/CE y la seguridad y la salud en el trabajo.....	101
1.5. La Directiva 2003/88/CE y su necesaria revisión .....	124
1.6. Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 .....	133
1.6.1. El Marco y los cambios sociales, tecnológicos, laborales y medioambientales. ....	134
1.6.2. El Marco y los ATEP .....	142
1.6.3. El Marco y el aprendizaje de la pandemia del COVID19 .....	147
1.7. La salud pública y la Unión Europea .....	149
1.8. La UE y las personas mayores .....	160
2. SALUD LABORAL Y EL CONSEJO DE EUROPA.....	163
2.1. La Carta Social Europea y el Código Europeo de Seguridad Social .....	164
2.2. Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	167

## **III.EL DERECHO A LA SALUD EN EL MARCO LEGAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA.....172**

1. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA .....	172
1.1. La regulación jurídica del derecho a la salud en el artículo 43.....	172
1.1.1. Antecedentes del artículo 43 .....	173
1.1.2. Redacción del art. 43 en la Constitución Española.....	174
1.1.3. La fuerza vinculante del art. 43 de la Constitución.....	177



1.1.3.1. El artículo 43 como principio rector de la política social y económica .....	178
1.1.3.2. El artículo 43 y su formulación de derecho fundamental .....	183
1.1.3.3. La dispersión en el Título I de la CE del derecho a la salud y Seguridad social	185
1.1.4. <i>Ámbito subjetivo del derecho a la salud</i> .....	187
1.1.4.1. La protección de la salud y el individuo .....	188
1.1.4.2. La protección de la salud pública .....	193
1.2. El artículo 43 y su posible contenido irreductible .....	198
1.3. El artículo 43 y su interpretación sistemática con el resto de preceptos de la Constitución .....	201
1.3.1. <i>El artículo 43 y su interconexión con el artículo 15 de la Constitución</i>	202
1.3.2. <i>El artículo 43 y su interconexión con el artículo 40.2 de la Constitución</i> .....	206
1.4. El derecho a la salud y su distribución competencial entre Estado y CCAA ....	217
1.5. El derecho a la salud y el artículo 41 de la CE.....	226
1.6. El artículo 43 de la CE y los riesgos psicosociales emergentes.....	233
1.7. El artículo 43 de la CE y la perspectiva de género .....	236
1.8. El artículo 43 de la CE y las enfermedades crónicas .....	241
2. EL DERECHO A LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA .....	242
2.1. El derecho a la salud en el EAC.....	243
2.2. El derecho a la salud y las competencias autonómicas de Cataluña .....	246
2.3. El derecho a la salud y el marco normativo catalán.....	251
2.4. El derecho a la salud y el ámbito subjetivo de la protección a la salud en el marco normativo de Cataluña. ....	254
2.5. El derecho a la salud y la perspectiva de género en el marco normativo catalán .....	256

#### **IV. EL DERECHO A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL.....261**

1. LA PROTECCIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	261
1.1. Antecedentes .....	262
1.2. Regulación de la asistencia sanitaria en la normativa de la seguridad social ....	263

1.3. La naturaleza contributiva de la protección de asistencia sanitaria y su universalización.....	266
2. EL DERECHO A LA SALUD Y LOS ACCIDENTES DE TRABAJO.....	271
2.1. Su regulación como prestación del sistema de seguridad social.....	272
2.1.1. <i>El accidente in itinere</i> .....	274
2.1.2. <i>Presunción de accidente de trabajo. Especial referencia a las enfermedades cardíacas</i> .....	276
2.1.3. <i>Reparación íntegra del daño</i> .....	279
2.2. Los accidentes de trabajo y el teletrabajo .....	282
2.2.1. <i>Accidente laboral-accidente doméstico</i> .....	282
2.2.2. <i>Teletrabajo y accidente in itinere</i> .....	286
2.3. El accidente de trabajo y los riesgos psicosociales .....	287
2.3.1. <i>El Estrés</i> .....	291
2.3.2. <i>Burn out</i> .....	293
2.3.3. <i>Acoso laboral</i> .....	295
2.3.4. <i>Para curar prevenir</i> .....	298
2.4. Los accidentes de trabajo y la perspectiva de género.....	299
3. EL DERECHO A LA SALUD Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES ....	303
3.1. Enfermedades derivadas del trabajo.....	304
3.1.1. <i>Enfermedades profesionales</i> .....	305
3.1.2. <i>Las enfermedades de trabajo</i> .....	310
3.1.3. <i>Las enfermedades asimiladas a accidente de trabajo</i> .....	314
3.2. Las enfermedades profesionales y los riesgos psicosociales .....	316
3.3. Las enfermedades profesionales y el teletrabajo.....	318
3.4. Las enfermedades profesionales y la perspectiva de género.....	323
4. LA PROTECCIÓN A LA SALUD, CONTINGENCIAS PROFESIONALES Y COVID 19.....	329
4.1. COVID 19. Situación asimilada a accidente de trabajo. ....	330
4.2. COVID 19. Accidente de trabajo. ....	332
4.3. COVID 19. Enfermedad profesional.....	335
4.4. COVID 19. Perspectiva de género .....	342
4.5. COVID persistente .....	347

## **V.EL DERECHO A LA SALUD Y LA NORMATIVA SANITARIA ...352**

1. LA ATENCIÓN SANITARIA POR ENFERMEDAD COMÚN Y ACCIDENTE NO LABORAL EN ESPAÑA .....	352
1.1. Antecedentes.....	352
1.2. De la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud .....	355
1.3. Sistema Nacional de Salud .....	370
1.3.1. Catálogo de prestaciones y cartera de servicios .....	371
1.3.2. Modalidades de la cartera común de servicios .....	375
1.3.3. Tiempos máximos de acceso a las prestaciones del SNS.....	378
1.4. La coordinación sanitaria entre CCAA y los desplazados .....	380
1.5. La salud comunitaria .....	382
1.6. El Sistema Nacional de Salud y la sanidad privada .....	386
2. LA ATENCIÓN SANITARIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA .....	391
3. LA ASISTENCIA SANITARIA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	399
3.1. La sanidad 4.0.....	399
3.2. La salud electrónica.....	402
3.2.1. Historia clínica digital interoperable .....	403
3.2.2. Receta electrónica interoperable.....	404
3.2.3. Salud móvil.....	405
3.3. Telemedicina .....	406
4. LA ASISTENCIA SANITARIA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO .....	408
5.LA ASISTENCIA SANITARIA. COVID-19 Y PERSONAS DE EDAD AVANZADA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS RESIDENCIAS DE MAYORES.	412

## **VI. EL DERECHO A LA SALUD Y LA NORMATIVA LABORAL....419**

1.LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES .....	419
2. LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	437

2.1. El ámbito subjetivo de aplicación de la LPRL.....	442
2.2. Ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora.....	450
2.3. Reconocimientos médicos realizados por la empresa.....	453
<b>3.EL DERECHO A LA SALUD Y LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS MENTALES O PSÍQUICOS.....</b>	<b>455</b>
3.1. Introducción .....	456
3.2. Prevención. Acoso laboral.....	463
3.3. Estrés. Burn out. Ciberacoso.....	465
<b>4.PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. COVID-19 y PERSONAL SANITARIO.....</b>	<b>467</b>
<b>5.PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....</b>	<b>472</b>
5.1. Derecho a la desconexión digital .....	472
5.2. Teletrabajo.....	476
<b>6.PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PERSPECTIVA DE GÉNERO....</b>	<b>482</b>
6.1. Introducción .....	482
6.2. Embarazo, maternidad y lactancia .....	484
6.3. Prevención. Acoso sexual .....	487
6.4. Breve apunte al permiso menstrual .....	492
6.5. Mención a la LO de garantía integral de la Libertad sexual. ....	495
<b>7.ESTRATEGIA CATALANA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL 2021-2026 .....</b>	<b>497</b>
7.1. Introducción .....	497
7.2. Objetivos que cumplir .....	500

## **VII.LOS RETOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD .....504**

<b>1.LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES Y LA JORNADA LABORAL .....</b>	<b>504</b>
1.1. La salud y las nuevas realidades laborales.....	504
<i>1.1.1. Los algoritmos en el ámbito laboral.....</i>	<i>505</i>
<i>1.1.2. Estrés laboral, en especial el Tecnoestrés.....</i>	<i>507</i>

1.2. El tiempo de trabajo y la desconexión digital .....	510
2. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. EXTERNALIZACIÓN .....	515
2.1. La no externalización de la actividad preventiva.....	516
2.2. La externalización de la actividad preventiva.....	518
2.3. Las Mutuas colaboradoras con la seguridad social .....	523
3.LA SALUD. SALUD LABORAL Y LA TRANSICIÓN DEMOGRÁFICA.....	524
3.1. Salud y transición demográfica.....	524
3.2. Salud laboral y transición demográfica.....	531
4. LA SALUD, LOS CUIDADOS Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	536
4.1. La salud y la brecha de género en las tareas de cuidados .....	539
4.2. Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 y la Directiva (UE) 2019/1158.....	543
4.3. Plan MECUIDA .....	548
4.4. Día Nacional de la Conciliación y la corresponsabilidad .....	552
4.5. Mención a la Salud, salud laboral y la libre autodeterminación de género .....	554
5.SALUD, SALUD LABORAL, Y CAMBIO CLIMÁTICO.....	556
5.1. Seguridad y salud en el trabajo y cambio climático.....	556
5.1.1. <i>Teletrabajo y cambio climático</i> .....	560
5.1.2. <i>Riesgos profesionales y cambio climático</i> .....	562
5.2. Estrés térmico y trabajo decente .....	565
6.MENCIÓN AL SNS Y LAS NUEVAS REALIDADES SOCIALES, DEMOGRÁFICAS, LABORALES Y LA SANIDAD PRIVADA .....	569
6.1. Organización Estructural del SNS.....	569
6.2. Sanidad pública versus sanidad privada.....	572
<b>CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA” .....</b>	<b>575</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>592</b>





## **RESUMEN**

La presente tesis doctoral tiene el ambicioso reto de estudiar cómo afectan los cambios sociales, laborales, tecnológicos y ambientales en la reformulación del derecho a la salud. Ha quedado patente durante la pandemia del Covid-19 la necesidad acuciante de poner el énfasis en la salud como derecho, para una protección real y efectiva de la misma. Se pretende analizar la normativa internacional y europea en materia de salud y en especial de salud laboral. Respecto a la normativa nacional se analizará con detenimiento los preceptos constitucionales relacionados con el derecho a la salud. También se estudiará el derecho a la salud en el ámbito de la normativa de seguridad social, normativa sanitaria, laboral y en particular la normativa en prevención de riesgos laborales.

El análisis efectuado intenta detectar en qué medida se debería reforzar el derecho a la protección a la salud en la normativa española., tanto en la CE como en su normativa de desarrollo. La reformulación del derecho a la salud en base a los retos señalados implica también la reformulación del concepto de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales para una mayor clarificación. En esta línea también correspondería la reformulación de aspectos de la normativa laboral, y de la normativa de prevención de riesgos laborales. Sea como fuere el derecho a la salud se enfrenta a retos importantes más los ya existentes que reclaman una protección universal, real y efectiva.

## **RESUM**

Aquesta tesi doctoral té l' ambiciós repte d' estudiar com afecten els canvis socials, laborals, tecnològics i ambientals en la reformulació del dret a la salut. Ha quedat palesa durant la pandèmia del Covid-19 la necessitat de posar l'èmfasi en la salut com a dret, per a una protecció real i efectiva d'aquesta. Es pretén analitzar la normativa internacional i europea en matèria de salut i en especial de salut laboral. Respecte a la normativa nacional s' analitzarà amb deteniment els preceptes constitucionals relacionats amb el dret a la salut. També s' estudiarà el dret a la salut en l' àmbit de la normativa de seguretat social, normativa sanitària, laboral i en particular la normativa en prevenció de riscos laborals.



L' anàlisi efectuada intenta detectar en quina mesura s' hauria de reforçar el dret a la protecció a la salut en la normativa espanyola., tant a la CE com a la seva normativa de desenvolupament. La reformulació del dret a la salut en base als reptes assenyalats implica també la reformulació del concepte d' accidents de treball i malalties professionals per a una major clarificació. En aquesta línia també correspondria la reformulació d' aspectes de la normativa laboral, i de la normativa de prevenció de riscos laborals. Sigui com sigui el dret a la salut s'enfronta a reptes importants més els ja existents que reclamen una protecció universal, real i efectiva.

## **ABSTRACT**

This doctoral thesis has the ambitious challenge of studying how social, labor, technological and environmental changes affect the reformulation of the right to health. It has become clear during the Covid-19 pandemic the pressing need to put the emphasis on health as a right, for a real and effective protection of it. It is intended to analyze international and European regulations on health and especially occupational health. With regard to national legislation, the constitutional precepts related to the right to health will be carefully analyzed. The right to health will also be studied in the field of social security regulations, health regulations, labor regulations and in particular the regulations on the prevention of occupational risks.

The analysis carried out attempts to detect to what extent the right to health protection should be strengthened in Spanish legislation, both in the EC and in its implementing regulations. The reformulation of the right to health based on the above challenges also implies the reformulation of the concept of occupational accidents and diseases for further clarification. In this line, the reformulation of aspects of labor regulations, and of the regulations on the prevention of occupational risks, would also correspond. Be that as it may, the right to health faces important challenges plus those that already exist that demand universal, real and effective protection.



## INTRODUCCION

*“En el derecho no hay criterios neutros, todas las propuestas que se hacen pretenden conseguir un objetivo.”<sup>1</sup>*

MARGARITA I. RAMOS QUINTANA

La salud es un bien jurídico fundamental, base del resto de derechos humanos. Este hecho constituye el punto de partida que da pie a la elaboración de esta tesis doctoral. Por lo que se pretende un objetivo necesario e ineludible: el estudio transversal de la normativa de la salud como derecho. A esto hay que añadir que la importancia del derecho a la salud se ha visto acrecentada después de la pandemia por el virus SARS-Cov- 2, que desde finales del 2019 está presente a nivel mundial.

Si se pretende adentrarse en la investigación académica, en este caso jurídica, la motivación juega un papel primordial. No es óbice señalar que es buen inicio que el tema que se acabe eligiendo se corresponda con el interés de la persona doctoranda.<sup>2</sup> En esta tesis doctoral la motivación estaba centrada principalmente por la curiosidad del concepto integral de salud. En otras palabras, el camino que se iban abriendo a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal los riesgos psicosociales en la prevención de riesgos laborales. De qué forma constituyen un riesgo para la salud, y que en suma derivan o se manifiestan en bastantes ocasiones en problemas físicos.

Esta curiosidad se transformo en un paso más allá, es decir, no sólo en analizar única y exclusivamente los riesgos psicosociales asociados a la prevención de riesgos laborales, sino el derecho a la salud y su posible reformulación. Tarea ingente y innovadora ya que el derecho a la salud, a diferencia del marco de prevención de riesgos laborales o el análisis de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sólo una parte de la doctrina iuslaboralista se había adentrado en su estudio y como se vera en el desarrollo de la tesis no de manera uniforme, lo que por otro lado también aviva la grandeza de la ciencia y el saber.

---

<sup>1</sup> RAMOS QUINTANA, M.I. “¿Hacia la precarización del empleo?” de octubre de 2019. Disponible en <https://www.ull.es/portal/noticias/2019/entrevista-margarita-ramos-quintana/> (consulta julio 2022).

<sup>2</sup> ECO, U. *Cómo se hace una tesis* título del original italiano *Como si fa una tesi di laurea* Traducción: BARANDA L. y CLAVERIA IBÁÑEZ, A Editorial Gedisa S.A, Barcelona, 2017. Pág. 23

Sea como fuere el derecho a la salud debería estar en el podium de la investigación como ha quedado demostrado con la pandemia vívida. Este acontecimiento se desconocía en el momento de la elección del tema por lo que fue un preludeo y un gran empuje para poder defender el derecho a la salud como se merece como un verdadero derecho fundamental.

Así las cosas, si la elección del tema fue un preludeo para nada sospechado de la pandemia que en los últimos años el mundo en su totalidad ha vivido, tampoco lo era el inicio de una dolencia escasamente investigada por parte de la doctoranda, autora de la tesis. Por lo que no deja también de ser este trabajo un reclamo para fortalecer la investigación médica. Cualquiera persona que sufra una enfermedad sin diagnosticar va a sentir la impotencia y la incertidumbre, lo que para nada ayudarán a su recuperación. Si se pretende que la asistencia sanitaria sea real no se puede esperar que el diagnóstico sea dado por la asistencia sanitaria privada, a la que no todos y todas las pacientes van a tener acceso.

Se ha podido comprobar en primera persona que mientras la enfermedad sigue su curso las visitas a las especialistas derivadas por el médico de familia se retrasan, falta de personal y de medios. El sistema nacional de salud (en adelante SNS) atiende con más rapidez cuando las dolencias son ya graves. En consecuencia en enfermedades “dolorosas” pero no graves el tratamiento médico se ralentiza. Debido a la falta de investigación solo cabe que el o la paciente, se arme de paciencia, colabore con la ciencia médica y sea sometido a tratamientos hasta que alguno pueda curar.

Se sigue que en el tratamiento de cualquier enfermedad el hecho diferencial biológico no se puede obviar, cuando enfermedades propias de las mujeres se han invisibilizado y convertido en tabú. Por ende, el tratamiento médico no se debería aplicar igual en hombres que en mujeres para poder así garantizar una mayor efectividad. Además, el derecho a la salud no se debería enfocar sólo en calmar el dolor, como había ocurrido hasta ahora en dolencias menos frecuentes, sino en la búsqueda del origen del mismo, además de la prevención.

Sea como fuere se pretende alertar en este trabajo de investigación de los efectos que supone que la Constitución Española (en adelante CE), no reconozca la protección de

la salud como derecho fundamental. El derecho a la salud queda ubicado en el capítulo correspondiente a los principios rectores de la política social y económica, en concreto en el artículo 43. La única protección que el artículo 53.3 de la Constitución Española (en adelante CE) garantiza al derecho a la salud es “*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”. Su contenido por tanto quedará determinado en base a lo que determine el legislador por ley ordinaria, corriendo el riesgo de que la falta de mayorías reforzadas en su aprobación, la convierten en fácilmente modificable. Es preocupante que a nivel internacional tenga el rango de derecho fundamental y en la CE no sea así.

Por lo que como principal objetivo de esta tesis en su estudio del derecho a la salud es el cambio de ubicación del artículo 43 de la CE para que tenga el rango y protección que le corresponde. Lo mismo se predica de lo dispuesto en el artículo 40.2 de la CE donde queda garantizada la “*seguridad e higiene en el trabajo, el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados*”. En este sentido es de destacar el paso dado por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en la 110ª Conferencia Internacional del Trabajo. Se añade la seguridad y salud en el trabajo (en adelante SST) a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Un paso importante y decisivo en el blindaje de la protección de la salud en las relaciones laborales. Constituye éste buen ejemplo para que los países hagan cambios en sus normativas.

Además de lo indicado en el anterior párrafo es de recibo poner de relieve lo siguiente para contextualizar la protección de la salud en la actualidad y como justificación de la investigación. Estos problemas detectados serán objeto de estudio y análisis a lo largo de este trabajo de investigación, para así poder llegar como resultado a las correspondientes conclusiones y propuestas resultado.

En primer lugar, procede hacer referencia a la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), que es una organización internacional dentro de Naciones Unidas (en adelante NU) dedicada a la salud. La OMS ha tenido su relevancia durante la pandemia vivida, aunque en el inicio de ésta se pudo visibilizar la gran dependencia que aún tiene de los Estados, lo que podría ser óbice para el cumplimiento de sus

objetivos. Se destaca por su relevancia debido a la globalización y en un tema que afecta a todo el planeta como la salud es necesario e imprescindible un organismo que se preocupe de la salud desde una perspectiva global.

En segundo lugar, hay que manifestar que el derecho a la salud y la salud laboral han sido formulados desde una visión androcentrista, que carece de la perspectiva de género para diferenciar que la salud del hombre y de la mujer no siempre son iguales. Por lo que la reformulación demanda una visión igualitaria del derecho a la salud en clave perspectiva de género. Son muy importantes las medidas que se tomen sobre corresponsabilidad familiar y cuidados. Éstos están feminizados y es un obstáculo para el pleno desarrollo integral de la salud de la mujer.

En tercer lugar y como dato importante es que la atención sanitaria en España se despliega a través del Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS). Un sistema en que se delega su gestión a las CCAA respetando la legislación básica dictada por el Estado, todo ello en base a la distribución competencial establecida en la CE. Dado que en España hay diecisiete Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), la coordinación entre todas ellas y el Estado constituye una necesidad para que se garantice una salud integral y efectiva se encuentre donde se encuentre el ciudadano o ciudadana española dentro de territorio español.

En cuarto lugar, hay que destacar otro dato de una gran trascendencia como es la mayor esperanza de vida de las personas, éstas viven más tiempo, es una realidad que no se puede obviar ni por los servicios sanitarios y sociales ni en las relaciones laborales y de seguridad social. Una consecuencia que implica este hecho es el incremento de enfermedades crónicas y una necesidad de atención integral y preventiva en los centros de atención primaria y las farmacias. En la pandemia vivida y en la preparación para otras posibles pandemias se deben tener en cuenta estas realidades.

En quinto lugar, resulta necesario subrayar que en el día a día la asistencia sanitaria es conocida por sus listas de espera, tanto en la atención especializada como en pruebas diagnósticas. Si son personas trabajadoras y están percibiendo el subsidio de

incapacidad temporal (en adelante IT) por contingencias comunes esta tardanza en las visitas médicas a personal médico especialista o la realización de pruebas diagnósticas les preocupa.

Más aún cuando de la duración de su incapacidad temporal (en adelante IT) puede depender su permanencia en la empresa, por el miedo a ser despedido o despedida, lo que no favorece la plena recuperación y por ende posibles recaídas y la susceptibilidad de terminar siendo una enfermedad crónica. También se debe analizar la colaboración de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social (en adelante MCSS) en la asistencia sanitaria a las personas trabajadoras y si se debe limitar ésta sólo cuando tenga su origen en las contingencias profesionales.

En sexto lugar se sigue que la OMS cuando definió la salud en 1948 fue todo un hito porque la definió no sólo como la ausencia de enfermedad sino como el estado completo de bienestar físico, mental y social. De acuerdo con esta definición se debe dar énfasis a los problemas mentales, que muchas veces desembocan en problemas físicos. Por lo que los problemas psicosociales deben estar al mismo nivel que los físicos tanto en el SNS como en el momento de valorar los riesgos laborales en las empresas. Un riesgo laboral puede tener un origen profesional ya sea por una lesión física o mental.

En séptimo lugar, se debe hacer referencia a las nuevas tecnologías que también afectan a la salud. En efecto, tanto desde una perspectiva de avance en mayor eficacia en la medicina como en el surgimiento de nuevas enfermedades. En las relaciones laborales el uso de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TICs) lleva aparejada el hecho de los riesgos emergentes y demanda una regulación precisa que analice y de solución a los riesgos tradicionales y también a los nuevos. Un gran avance del uso de las nuevas tecnologías fue permitir continuar trabajando en el momento que se estableció el confinamiento domiciliario como consecuencia de la pandemia derivada del COVID-19.

En octavo lugar es de destacar en cualquier caso que el cambio climático afecta cada vez con mayor intensidad al medio ambiente y por ende a la salud de las personas, por lo que es un factor que debe estar presente en el estudio del derecho a la salud. Se

debe estudiar cómo invadir en menor medida al medio ambiente y por otra parte analizar los efectos que el cambio climático produce en la salud. Un sector de población afectada va a ser las personas trabajadoras por lo que hay que medir bien sus efectos y sobre todo representa un gran reto para la prevención de riesgos laborales.

En noveno lugar el análisis jurídico del derecho a la salud conlleva un especial énfasis en la prevención de riesgos laborales. En otras palabras, se debe analizar y estudiar cómo sensibilizar, formar y adoptar las medidas legislativas para que haya una conciencia de la importancia de las evaluaciones de riesgos en las empresas. Mayormente las empresas recurren a los servicios de prevención externos delegando la salud de su personal a empresas privadas. Por lo que conviene un análisis de la eficacia de los servicios de prevención externos.

Sea como fuere, la pandemia del COVID-19 ha marcado con fuerza el inicio de una etapa donde se han reflejado las carencias de la atención sanitaria. Después de la crisis del 2020 en materia sanitaria urge analizar los factores que redefinan el derecho a la salud y un estudio transversal del mismo en la normativa tanto internacional como nacional. Hoy las investigaciones realizadas en materia de salud son imprescindibles. Se debe ver si estamos en el camino correcto para conseguir el fin de proteger el bien jurídico más preciado: la salud. Es prioritaria atender la sanidad pública, cuidarla y dotarla con recursos económicos.

En suma, la metodología utilizada para el estudio transversal del derecho a la salud es el análisis exhaustivo de la diferente normativa relacionada con el derecho a salud desde el nivel internacional, y el europeo a la normativa nacional. Por supuesto, se estudia la jurisprudencia más relevante en este ámbito junto con la doctrina iuslaboralista especializada en la materia. Esta tesis doctoral es eminentemente jurídica, pero no se ha limitado si ha sido oportuno referenciar otros campos de conocimientos relacionados con la salud. Después de todo, la salud es un término y un concepto interdisciplinar. Se realiza un análisis descriptivo con el aporte de la oportuna reflexión. Es una materia de rabiosa actualidad por lo que realizar un estudio sobre la protección de la salud es una oportunidad valiosa.



La tesis se divide en siete capítulos, finalizando con las principales conclusiones extraídas del análisis de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia. A lo largo de los siete capítulos se hace referencia al análisis de los retos a los que se enfrenta el derecho a la salud. Es el último capítulo, el séptimo, es el que explica con mayor exhaustividad los mismos.

El primer capítulo como no podía ser de otra manera encabeza la tesis con el estudio de la normativa internacional. El capítulo estudia en diferentes apartados la normativa derivada de la OMS. Con posterioridad se centra en el estudio del derecho a la salud en la organización de NU. En este punto se hace hincapié en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos económicos y sociales (en adelante PIDES). Finalmente se tratará el estudio del derecho a la salud en la OIT. Se pone el foco en lo ya indicado ut supra: la importante repercusión que ha supuesto y supondrá la aprobación como principio fundamental del derecho del trabajo un entorno de trabajo seguro y saludable. En consecuencia, se profundizará en los Convenios de la OIT que han pasado a tener el carácter de fundamentales.

El segundo capítulo centra su estudio en el ámbito regional europeo. De esta forma se analiza el tratamiento del derecho a la salud por una parte en la Unión Europea (en adelante UE) y por otra parte el Consejo de Europa. En la parte dedicada a la Unión Europea se estudia tanto la salud laboral, con especial incidencia en el Marco estratégico de la UE para los años 2022-2027 (en adelante el Marco), y la salud pública. Sin perjuicio de mencionar el tratamiento jurídico que la UE ha realizado en los problemas de salud relacionados con la pandemia del COVID-19. En la parte relacionada con el Consejo de Europa, se pone el énfasis en la Carta Social Europea (en adelante CSE). También se indica cómo se ha regulado el derecho a la salud en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

El tercer capítulo, una vez estudiada la normativa internacional y europea y tomando conciencia de su contenido se estudia la normativa correspondiente al ordenamiento

jurídico español. Este capítulo se detiene en primer lugar en la CE, el artículo dedicado por excelencia a la protección de la salud es el artículo 43. La salud laboral encuentra su protección unos artículos antes, en el artículo 40.2. Como se apreciaba en párrafos anteriores la ubicación de la protección al derecho a la salud queda relegada al capítulo de la CE correspondiente a los principios rectores de la política social y económica. De igual manera se analiza qué otros artículos de la CE tienen una relación directa o indirecta con la protección a la salud. El capítulo también aborda la regulación jurídica de la protección de la salud en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC) y somera referencia al a la protección del derecho a la salud en el marco normativo catalán.

El cuarto capítulo, ya analizada por orden la normativa internacional, europea y la CE, se detiene en el marco de la normativa de Seguridad Social. Esta tesis sigue la doctrina que considera y defiende la asistencia sanitaria como una rama protectora más de la Seguridad Social. Por la complejidad que representa la protección de la asistencia sanitaria la normativa de seguridad social se ha centrado principalmente en el colectivo de las personas trabajadoras. También en las dolencias que tengan su origen en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (en adelante ATEP) y su correcta determinación. De esta forma se deja la regulación de la asistencia sanitaria del resto de colectivos a la Ley General de Sanidad (en adelante LGS) y su normativa complementaria.

Es de suma importancia la correcta determinación de las contingencias. No es óbice señalar que la protección económica y sanitaria en la determinación de contingencias comunes o profesionales no es la misma. Sólo por poner de relieve que la asistencia sanitaria de los ATEP se realiza y se financia por las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social (en adelante MCSS) siendo la mayor parte de las ocasiones más rápida, ágil y eficaz por los servicios por ejemplo que disponen de rehabilitación.

El cuarto capítulo también investiga e incide en la reformulación de los ATEP en clave de perspectiva de género y teniendo en cuenta el avance imparable de las nuevas tecnologías y los riesgos emergentes. Por añadidura se hace un análisis también de las consecuencias jurídicas de la pandemia del COVID-19 y su determinación como contingencia profesional.

El quinto capítulo profundiza en la normativa de la LGS y la normativa complementaria. Es la que regula la protección de la asistencia sanitaria cuando una lesión física o mental se determina en su calificación que su origen proviene de una contingencia común. En otras palabras, es la asistencia sanitaria que recibe toda la población, ya sea empleada (salvando que su origen derive de un ATEP), desempleada, pensionista o extranjera del SNS.

Siguiendo la línea del anterior capítulo se reflexiona sobre la atención sanitaria en el SNS en clave de perspectiva de género y también el impacto de las nuevas tecnologías en el mismo. Es de recibo también que el capítulo estudie la atención sanitaria en tiempos de pandemia COVID-19, ya que fue el SNS quien la afrontó con asombrosa admiración y con todos los riesgos que comportaba. El último apartado se centra en cómo se abordó la crisis sanitaria al inicio de la pandemia en personas de edad avanzada, principalmente las que se encontraban en residencias.

El sexto capítulo realiza un análisis de la normativa laboral relacionada con la protección a la salud, principalmente del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). Se analizan líneas de investigación muy interesantes y que se debe reflexionar para una efectiva y real protección a la salud. Así se destaca la protección de las personas trabajadoras necesitadas de asistencia sanitaria y que tienen suspendido su contrato de trabajo por una IT. Al no ser el derecho a la protección a la salud un derecho fundamental si se despiden a una persona que recibe tratamiento médico con suspensión de contrato de forma no procedente la calificación hasta el momento ha sido la improcedencia. Un despido en situación de vulnerabilidad implica un retroceso en la recuperación de la salud.

Se defiende en esta tesis doctoral y así se subrayará en las conclusiones que una de las causas de nulidad del despido sea que la persona trabajadora se encuentre de baja médica por seguir tratamiento sanitario y por ende no tener salud. El capítulo realiza además una visión de la normativa de prevención de riesgos laborales sobre todo en aras a detectar las posibles mejoras que serían necesarias en base a las nuevas realidades laborales, sociales demográficas y medioambientales. El capítulo finaliza con el análisis de la Estrategia catalana de seguridad y salud en el trabajo.

El último capítulo, el séptimo, representa ya un apéndice de las conclusiones. Para seguir un orden y una línea de investigación coherente ya en cada capítulo se ha ido abordando diferentes retos a los que se enfrenta el derecho a la protección de la salud y en especial la salud laboral. Por lo que el último capítulo afronta en profundidad estos retos y otros no citados en cada capítulo para no pecar de exhaustividad.

Así las cosas, este capítulo final analiza: cómo afecta la digitalización en la protección a la salud, y un factor importante el tiempo de trabajo en materia de salud laboral. Al igual que cómo se va viendo durante el hilo argumental de la tesis dado que su enfoque ha de ser transversal y no sesgado en un apartado en concreto, la perspectiva de género se retoma en este último capítulo. Se pone también el foco en el especial cuidado a los servicios de prevención de riesgos laborales, para que realmente sean efectivos y presten un servicio de calidad no condicionado por intereses empresariales. Por añadidura se analizan las consecuencias del cambio climático en la protección a la salud, y en especial en cómo se aborde jurídicamente en la protección a la salud laboral.

Además, el capítulo séptimo también dedica un apartado a un gran reto, el demográfico, aumento de esperanza de vida de las personas. Esto tiene una incidencia clara en el hecho que se debe dedicar recursos a la sanidad, con especial relieve en atención primaria y en la atención de las enfermedades crónicas. Ahonda también el capítulo en una realidad el papel de la asistencia sanitaria privada en el derecho a la protección de la salud que coexiste con el SNS, se estudia su regulación jurídica y el análisis sobre su encaje normativo en el marco constitucional.

Finalmente, después de esta introducción se procede en las próximas páginas al estudio transversal del derecho a la salud dividido como se ha indicado *ut supra* en siete capítulos siguiendo un orden jerárquico: estudio de la normativa internacional y europea y posteriormente del ordenamiento jurídico español y catalán.

## I. EL DERECHO A LA SALUD EN EL ÁMBITO JURÍDICO INTERNACIONAL

Encabeza la tesis el estudio de la normativa internacional y europea. Su estudio deviene imprescindible para poder contextualizar el derecho a la salud. Un análisis del ámbito jurídico internacional y europeo proporciona el punto de partida para con posterioridad estudiar la normativa nacional. “*Un derecho vale lo que valen sus garantías*”, se hace por tanto necesario ver el sistema multinivel de garantías.<sup>3</sup>

En el primer apartado se analizará la normativa en el seno de la OMS. Es decir, cómo ha regulado el derecho a la salud la OMS y qué instrumentos jurídicos ha dictado. Se complementa con las actuaciones que ha llevado a cabo la OMS en el marco de la pandemia del COVID-19.

En el segundo apartado se estudiará la normativa dictada en el marco NU, en concreto la Declaración de Derechos Humanos (en adelante DDH), el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP) y Pacto Internacional de derechos sociales y económicos (PIDSE). Se analizará cómo se ha regulado el derecho a la salud en dichos textos legales.

En tercer y último lugar y siguiendo el ámbito internacional se investigará sobre cómo la OIT ha regulado la salud en sus convenios internacionales más destacados en el ámbito de la salud. Además, se realizará un análisis de la inclusión de la seguridad y salud en el marco de los principios y derechos fundamentales de la OIT.

---

<sup>3</sup> GUINDO MORALES, S. “La regulación legal del derecho a la salud y asistencia sanitaria: el modelo legal de protección”. En AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* Tomo I MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021 pág. 233

## 1. EL DERECHO A LA SALUD Y LA OMS

Se hace preciso analizar cómo regula el derecho a la salud el Texto constitutivo de la OMS,<sup>4</sup> organismo especializado de las NU. Ya en el preámbulo como primer principio básico prescribe “*la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

Una definición trascendente por su implicación más allá de lo que representa la salud física. Se refiere a qué la salud no sólo es un estado físico sino salud mental y bienestar social. El siguiente párrafo ensalza “*el goce máximo de salud*” como derecho fundamental de toda persona. Enfatiza que sin ningún tipo de discriminación en razón a “*la raza, religión, ideología política o condición económica o social*”.

La amplia definición ofrecida por la OMS sobre el derecho a la salud fue un gran hito en su momento y lo sigue siendo en la actualidad, tomándose en consideración tanto por la doctrina como en la argumentación jurisprudencial. Así pues, el TJUE en sentencia de 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94<sup>4</sup> Reino Unido y Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea se pronunció sobre el concepto amplio de salud. En la sentencia citada, asunto C-84/94<sup>5</sup>, se planteó recurso de anulación en relación con el párrafo segundo del artículo 5 de la Directiva 93/104/CE<sup>6</sup> del Consejo (fecha fin de validez 1 de agosto de 2004). En este párrafo se daba preferencia al domingo como día de descanso semanal.

El recurso se fundamentaba en el artículo 118 del Tratado de la comunidad europea (en adelante CE) que constituía la base jurídica para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores<sup>7</sup>. En el apartado 15 de la sentencia se pone de manifiesto que cuando se

---

<sup>4</sup> Texto constitutivo de la OMS firmado el 22 de julio de 1946 por representantes de 61 Estados. Entró en vigor el 7 de abril de 1948. 49ª edición con las modificaciones adoptadas hasta el 31 de mayo de 2019 Disponible en <https://apps.who.int/gb/bd/s/index.html> (consulta marzo 2020).

<sup>5</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto C-84/94 de 12 de noviembre de 1996. Reino Unido y Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea. del Consejo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0084> (consulta octubre 2020).

<sup>6</sup> Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. (fecha fin de validez 1 de agosto de 2004) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0104> (Consulta febrero 2021).

<sup>7</sup> En el momento de la promulgación de la Sentencia estaba en vigor el artículo 118 A del Tratado CE, posterior artículo 137.14 y que actualmente se contiene en el 153.1 TFUE. En este artículo se establece

habla de seguridad y salud se debe entender en un sentido amplio. Por lo tanto, se deberán tener en cuenta no sólo factores físicos, sino cualquier otro que pueda afectar a la salud de las y los trabajadores. Es en este punto dónde la sentencia se apoya en el concepto amplio que la OMS ofrece sobre la salud en el preámbulo de su constitución<sup>8</sup>.

Esta sentencia marca el punto de partida para la interpretación de tiempo de trabajo, el período de descanso y los períodos equivalentes de descanso. La misma concepción amplia se sigue manteniendo en la Directiva 2000/34/CE (fecha fin de validez 1 de agosto de 2004) y Directiva 2003/88/CE<sup>9</sup>.

Interesa resaltar también la sentencia de 9 de septiembre de 2003 asunto C-151/02, Landeshauptstadt Kiel contra Norbert Jaeger.<sup>10</sup> Se sigue la línea jurisprudencial marcada por la anterior sentencia, de modo que los conceptos de seguridad y salud en el trabajo (en adelante SST) se continúan interpretando de modo extensivo. Así, en lo referente a la salud y seguridad en el entorno laboral, no sólo se deberán valorar los aspectos físicos, sino cualesquiera de otra índole que afecten al entorno laboral, en especial aquellos que intervengan sobre la ordenación del tiempo de trabajo.

En definitiva, cuando en la Directiva 93/104 (se recuerda que cesó su vigencia 1 de agosto de 2004), concretamente en los artículos 17.2 y 17.3 se hace referencia a los períodos equivalentes de descanso, se deben interpretar estos en el sentido de que no supongan ninguna obligación laboral para las y los trabajadores y que sean inmediatamente consecutivos al trabajo. En efecto, solo esta consideración permite que

---

que “la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros con vistas a mejorar el entorno de trabajo, proteger la seguridad y salud de los trabajadores”.

<sup>8</sup> SÁEZ LARA, C. “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, no 130 de 2015, p. 243-270.

<sup>9</sup> Directiva 2000/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y las actividades excluidos de dicha Directiva. (Fecha fin de validez 1 de agosto de 2004.) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0104> (consulta febrero 2021).

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de Trabajo. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32003L0088> (consulta febrero 2021).

<sup>10</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Asunto C-151/02 de 9 de septiembre de 2003 Landeshauptstadt Kiel contra Norbert Jaeger (Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62002CJ0151> Apartado 93

el descanso contrarreste la influencia del trabajo sobre la seguridad y salud de toda persona trabajadora. Siguiendo la controversia de la sentencia la exigencia del descanso se enfatiza aún más cuando la jornada laboral se extiende por los llamados “*servicios de atención continuada*”.

Así pues, señala CAMAS, la noción de SST de los trabajadores debe interpretarse a tenor de lo dispuesto en el preámbulo de la constitución de la OMS<sup>11</sup>. De esta forma la Ley 31/1995 de PRL<sup>12</sup> persigue que el trabajador goce de un estado completo de bienestar físico, mental y social en el puesto de trabajo dónde desarrolle sus funciones, concepción que implica la superación del concepto de seguridad e higiene<sup>13</sup>.

Sea como fuere en el resto de los principios del preámbulo del texto constitutivo de la OMS se pone de relieve la importancia de conseguir la salud de todos los pueblos. Se condiciona el aseguramiento de la salud para poder gozar de paz y seguridad, además de cooperación entre todos los países. Las enfermedades transmisibles no conocen fronteras y la desigualdad en protección de la salud en el mundo constituye un peligro, ha quedado reflejado en la pandemia del COVID-19.

Se reitera en el preámbulo la gran importancia de cooperar, de transmitir el conocimiento entre todos los pueblos. Se debe llegar a la opinión pública, una buena información permite incrementar el grado máximo de salud, junto con la responsabilidad individual de todas las personas. Es de obligación de los Gobiernos, como poder público y ejecutivo adoptar medidas sociales y económicas para mejorar la salud.

---

<sup>11</sup> CAMAS RODA, F. “El Proyecto de Ley de reforma del marco normativo de Prevención de Riesgos Laborales (la seguridad y salud en el trabajo como cuestión prioritaria)”. *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, no 5, de 2003 pp. 1147-1170.

<sup>12</sup> Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, BOE de 10 de noviembre de 1995, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

<sup>13</sup> CAMAS RODA, F. “Un empuje a la protección completa del trabajador ante situaciones de acoso laboral mediante la imposición a la empresa del recargo de prestaciones”. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, no 5, de 2009 pp. 39-48.



Se refiere el preámbulo a la salud de los niños. Un desarrollo saludable tanto a nivel físico, mental, social, emocional garantiza una buena salud también en la edad adulta. Se hace alusión al mundo que vivimos de constantes cambios, así son constantes los cambios sociales, tecnológicos, laborales. Es por ello por lo que la salud de la infancia, su desarrollo saludable cobra un relieve importante.

Se destaca la Nota descriptiva núm. 323 de la OMS titulada “*El derecho a la salud*”<sup>14</sup> en la que se resaltan los principios del preámbulo del texto constitutivo. Además, se realiza un repaso a la normativa internacional de NU sobre el derecho a la salud y tratados regionales. Se centra en la Observación general sobre el derecho a la salud del año 2000<sup>15</sup> dónde se señalan cuatro elementos que abarcarían el derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

La definición que se ofrece en el preámbulo del texto constitutivo fue revolucionaria. Se abandona la mera concepción de enfermedad física para ser considerada la salud desde una perspectiva holística e integral<sup>16</sup>. Es de esta forma como se enfatiza en esta concepción integral, no ya como la salud en oposición a la enfermedad. Esta concepción tendrá sus efectos en la esfera laboral, en el derecho laboral y de seguridad social con la adopción de medidas preventivas que favorezcan un entorno saludable.<sup>17</sup>

En este sentido se resalta esta concepción integral de salud dónde se incluye la dimensión física, psíquica y social de las personas. Es por ello por lo que se demuestra imprescindible en el entorno laboral preservar el desarrollo personal y preservar la integridad. Se refleja en la necesidad de poder disfrutar de un salario digno, prevención

---

<sup>14</sup> OMS. Nota descriptiva núm. 323. Agosto de 2007.

<sup>15</sup> Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. Observación general número 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* de 11 de agosto de 2000. Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11)

<sup>16</sup> HERNÁNDEZ, L.J, OCAMPO, J, RÍOS D.S, CALDERÓN C.: “El modelo de la OMS como orientador en la salud pública a partir de los determinantes sociales”. *Revista de Salud Pública*, vol. 19 de 2017, pp. 393-395.

<sup>17</sup> VÉLEZ ARANGO, A. “Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el estado social de derecho”. *Revista Hacia la Promoción de la Salud*, 2007, vol. 12 de 2007, p. 65.

de riesgos en el puesto de trabajo, derecho a la promoción profesional, y una especial atención al desempleo.<sup>18</sup>

Además, esta concepción amplia del derecho a la salud es posible dividirla en subconceptos. Se puede dividir en salud individual, salud pública, salud desde una perspectiva de género, la salud como derecho fundamental entre otras subdivisiones. Este carácter multidimensional hace del derecho a la salud un concepto jurídico indeterminado.<sup>19</sup>

En efecto, el derecho a la salud se trataría de una realidad que puede variar según el contexto en el que la persona se desenvuelve. Los factores económicos, el entorno social, familiar, educación, laboral influyen en el concepto integral de salud. Es por ello por lo que los poderes públicos tienen una responsabilidad proactiva de conseguir la máxima protección de la salud a las personas.<sup>20</sup>

Se debe señalar que la Declaración de Alma-Ata de 1978 reitera en su apartado I la definición dada por el preámbulo del texto constitutivo de la OMS “*estado de completo bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de afecciones o enfermedades*”<sup>21</sup>. También manifiesta en su apartado I la calificación de la salud como derecho fundamental. Para poder llegar al goce máximo de salud intervienen muchos factores no sólo sanitarios, si no sociales o económicos. No deja de ser un objetivo social relevante para conseguir.

Tras lo dicho en el anterior párrafo destaca la Declaración de Alma-Ata las desigualdades en el estado de salud de la población sobre todo entre los países en desarrollo y los desarrollados, lo mismo que entre la población de un mismo país. Esta realidad afecta a que se goce del mismo grado de salud entre todas personas y debería ser motivo de preocupación para los poderes públicos.

---

<sup>18</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. “El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud”. *Aranzadi social*, , no 5 del año 2000, p. 571-588.

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> VÉLEZ ARANGO, A. “Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el estado social de derecho”. Op. Cit p. 67

<sup>21</sup> Declaración de Alma-Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, Alma Ata, 6-12 de septiembre de 1978.

En los mismos términos que la Declaración de Alma Ata se expresa la Carta de Otawa.<sup>22</sup> Lo característico de esta Carta además de reiterar lo expresado en la citada Declaración es la introducción de la promoción de la salud. Es definida ésta con la siguiente definición: “*Proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma*”. La globalización, los cambios tecnológicos, sociales, económicos hacen que se mantenga vivo el espíritu que inspiró la Carta: la promoción de la salud.

Los tribunales españoles también han tenido en cuenta la definición de salud dada por la OMS para fundamentar sus argumentaciones. Se puede ver entre otras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante STSJ) de Madrid de 4 de diciembre de 2007<sup>23</sup>. La sentencia versa sobre la lesión del derecho fundamental a la integridad física por despido estando en situación de incapacidad temporal (en adelante IT).

De la misma, interesa el análisis efectuado en el voto particular,<sup>24</sup> se discrepa de la Sala por no haber contemplado ésta el derecho a la salud como un derecho fundamental. La magistrada argumenta que en virtud de lo dispuesto en los artículos 96 y 97 de la CE en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española (en adelante CE), el ordenamiento jurídico internacional queda plenamente integrado en el ordenamiento interno.

Por consiguiente, no puede obviarse lo dispuesto en el texto constitutivo de la OMS, en el que se establece que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y, a su vez, la salud se configura como un principio básico según la Carta de Naciones Unidas (en adelante CNU), para alcanzar la “*felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos*”.

---

<sup>22</sup> Primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Otawa el 21 de noviembre de 1986 emitió la CARTA dirigida a la consecución del objetivo “Salud para todos en el año 2000”.

<sup>23</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social. Sección 6). Sentencia 796/2007. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj#>

<sup>24</sup> Voto particular de la ILMA. Sra. Doña GARCÍA ALVÁREZ, M.R.

En línea con este argumento, la magistrada destaca que en el año 2005 se incluyó como Indicador Estructural de Lisboa el número de años de vida saludable como factor clave para el crecimiento económico y, desde la perspectiva negativa, recalca que la carencia de salud es uno de los determinantes directos de la inactividad laboral, por lo que enfatiza en lo dispuesto en la nota descriptiva de la OMS sobre el derecho a la Salud<sup>25</sup>.

A tenor de lo dispuesto por la OMS, no se puede limitar al derecho a la salud a estar sano y, por ende, el derecho a la salud sería un derecho fundamental comprendido, según la Magistrada, en el derecho a la vida y a la integridad (artículo 15 de la CE). En el momento en que se despide a un trabajador o trabajadora por estar en un proceso de IT, entra en juego el derecho a la salud, comprendido como un derecho fundamental, por lo que la sanción debería ser la nulidad y no la improcedencia del despido, habida cuenta que el despido incrementaría el riesgo sobre la salud física y psíquica del trabajador.

La magistrada concluye afirmando que la nulidad del despido constituiría una protección del ejercicio y disfrute del derecho a la salud. Lo contrario implicaría que las o los trabajadores no comunicasen su situación sanitaria para evitar represalias. Para una protección plena de la persona y para proteger el derecho a la salud en un sentido amplio se debería entender como fundamental.

### **1.1. El Reglamento Sanitario Internacional**

Un hito importante para destacar es la adopción en 1969 del Reglamento Sanitario Internacional (en adelante RSI)<sup>26</sup>. Con posterioridad, en la 58ª Asamblea Mundial de la Salud, se adopta el actual RSI, de carácter vinculante para todos los Estados. Su base jurídica son los artículos 2 k), 21 a) y 22 del texto constitutivo de la OMS. Ciertamente, la finalidad de la OMS es conseguir para todos los pueblos el grado más alto posible de salud. Por lo que el artículo 2 de su texto constitutivo relaciona las funciones para conseguir dicha finalidad entre ellas, en su punto k), la adopción de reglamentos.

---

<sup>25</sup> OMS. *El derecho a la salud*. Nota descriptiva nº323. Agosto 2007.

<sup>26</sup> Reglamento Sanitario Internacional (2005) adoptado por la 58ª Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2005 y entró en vigor en junio de 2007 Disponible en <https://apps.who.int/iris/handle/10665/246186>

El artículo 21 por su parte prescribe qué ámbitos competenciales tendrá la Asamblea de la Salud para adoptar reglamentos. Es el apartado a) del artículo 21 el que expresamente señala: “*requisitos sanitarios y de cuarentena, y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades*”. En suma, el artículo 22 regula la entrada en vigor de las reglamentaciones. En efecto, se determina que su entrada en vigor será para todos los Miembros después de que se de el correspondiente aviso de adopción por la Asamblea de la Salud. Se excepcionará los Miembros que comuniquen al director general que o bien las rechazan o bien hacen reservas. Sea como fuere, la fuerza jurídica de las reglamentaciones dependerá de la decisión del Estado miembro.

El objetivo principal del RSI es evitar la propagación de enfermedades, sin limitarse a enfermedades concretas y dar una respuesta de salud pública. En efecto, para que así los eventos de salud pública con repercusión internacional grave sean identificados tempranamente y comunicados por los Estados parte a la OMS. Se pone de relieve el deseo de la OMS de “*fortalecimiento de la creación de capacidad en el ámbito de la salud pública mundial*” como así se señala en la resolución 58/3 de la Asamblea General de NU<sup>27</sup>. La OMS se postula como quien debe alertar ante brotes epidémicos y dar respuesta a los problemas de salud pública mundiales.

Si se estudia el RSI se destaca dentro de los conceptos el de “*emergencia de salud pública de importancia internacional*” (en adelante. ESPII). Sobre todo, se incide en que sea un evento extraordinario, y otra condición es que sea un riesgo para la salud pública que requiera una respuesta internacional coordinada.

Por su parte enfermedad se define como “*dolencia o afección médica*” pero se limita que le cause a las personas un “*daño importante*”. Se puede decir que este concepto es poco preciso, más bien indeterminado. En este sentido en la definición de “*persona enferma*” también se echa en falta su concreción jurídica para clarificar que se

---

<sup>27</sup> Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de octubre de 2003 Disponible en <https://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/58>

corresponde con la definición amplia dada por la propia OMS: “Estado de completo bienestar físico, mental y social...”. Después de todo el artículo 3 del Reglamento prescribe que se inspira en la Carta de las Naciones Unidas y en la Constitución de la OMS.

Se menciona por su parte “*riesgo para la salud pública*”. Lo constituiría aquel evento probable que pueda afectar negativamente a la salud humana y haya también probabilidad de que se propague o en su caso produzca peligro grave y directo. Así “*zona afectada*” lo constituiría el lugar geográfico dónde la OMS esté aplicando medidas sanitarias. En ese contexto valga decir que el RSI no definió lo que se entendía salud pública, no obstante ser su principal objetivo.

Para determinar qué entender por salud pública es necesario ver lo que se señala en “*Promoción de la Salud. Glosario*”, que aclara los diferentes términos que se señalan en los documentos de la OMS: “*La ciencia y el arte de promover la salud, prevenir la enfermedad y prolongar la vida mediante esfuerzos organizados de la sociedad*”.<sup>28</sup> En efecto, se debería tomar en cuenta esta definición como punto de partida y por seguridad jurídica por parte de todos los Estados Parte. En consecuencia, clarificar el concepto de salud pública permite dar una respuesta eficaz en la propagación de enfermedades por todos los Estados.

En el supuesto de un riesgo para la salud pública cada Estado Parte notificará a la OMS en un período máximo de 24 horas desde que se evalúe la información correspondiente: tanto los eventos que ocurran susceptibles de constituir una emergencia pública de importancia internacional como las medidas sanitarias que se apliquen. La obligación del Estado no termina aquí si no que se requiere una continuación de seguir comunicando toda la información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública en relación con el evento en cuestión (así por ejemplo número de casos y defunciones).

Se aplicaría el mismo procedimiento visto en el párrafo anterior en el caso de que fuese un evento imprevisto o inusual que pudiese constituir emergencia de salud

---

<sup>28</sup> Organización Mundial de la Salud. “Promoción de la salud. Glosario” Ginebra 1998. Disponible en <https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/glosario.pdf>

pública de importancia internacional. Así como el Estado podría solicitar a la OMS asistencia para verificar datos epidemiológicos que haya obtenido.

Desde la entrada en vigor del RSI, la convocatoria del Comité de Emergencias ha derivado para que se declarase por la OMS seis ESPII: para combatir la gripe aviar en 2004, el síndrome respiratorio agudo severo en 2005, la poliomielitis en 2014, el ébola en África occidental el mismo año, el virus ZIKA en 2016 y la fiebre del ébola en la República Democrática del Congo en 2019.

La crisis sanitaria producida desde la pandemia COVID-19, alimentada por crisis mundiales como la militar o geopolítica- tienen un impacto negativo en el cumplimiento del objetivo 3 de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la ONU en “*garantizar una vida saludable y promover el bienestar para todos en todas las edades*”. Este nuevo contexto internacional la OMS ha asumido un gran protagonismo para dar una respuesta internacional. No obstante, se han puesto de manifiesto las deficiencias del RSI, y su necesaria revisión. Se demanda que haya más poder decisorio de la OMS en las situaciones de emergencia de salud pública global.<sup>29</sup>

En base a la experiencia vivida por la pandemia los Estados miembros de la OMS acordaron analizar y estudiar posibles enmiendas al RSI de alcance limitado. En mayo de 2022 es la Asamblea de la Salud la que decide seguir con este proceso constituyendo un grupo de trabajo: Grupo de Trabajo sobre las Enmiendas al RSI (2005). Actualmente, abril 2023, los gobiernos han examinado más de un tercio de las propuestas de enmiendas al RSI, ya que superan las 300. Se examinaron las referentes a las respuestas de salud pública, capacidades básicas para tareas de vigilancia y respuesta, colaboración y asistencia, seis nuevos artículos propuestos y un nuevo anexo. Cabe manifestar que los Gobiernos se encuentran en proceso de negociación de un

---

<sup>29</sup> CABALLERO PÉREZ, MJ. “El derecho a la salud en el Ámbito Internacional y de la Unión Europea. Tratamiento Actual y desafíos futuros”. *Revista de derecho de la Seguridad Social Laborum*. Nº Extraordinario 4. Monográfico de 2022 pág. 80. Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación B-SEJ-213-UGR18 “Retos de la modernización de la asistencia sanitaria en Andalucía: Cohesión interterritorial, envejecimiento y revolución digital. Proyectos I+D+i del Programa Operativo FEDER 2018 Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento. Universidad de Granada.

instrumento de la OMS sobre prevención, preparación, y respuesta frente a las pandemias “*acuerdo sobre las pandemias*”.<sup>30</sup>

## 1.2. La OMS y la pandemia internacional del COVID-19

Se examinará lo realizado por la OMS en relación con la pandemia COVID-19. Ya en septiembre de 2019 la Junta de Vigilancia Mundial de la Preparación publicó un informe anual sobre preparación de la humanidad ante las emergencias sanitarias<sup>31</sup>. En efecto el 2 de enero de 2020 se informó de la existencia de una neumonía en la República Popular China. Se efectúa la información a través de la Red Mundial de Alerta y Respuesta ante Brotes Epidémicos. El día 4 de enero de 2020 se hace público a través de sus redes sociales.

La última convocatoria del Comité de Emergencias tuvo lugar el 30 de enero de 2020. En las conclusiones de esta reunión el Comité determinó que el nuevo coronavirus (2019-nCoV) sí cumplía los requisitos para declarar una emergencia de salud pública de importancia internacional.<sup>32</sup>

El director general de la OMS aceptó la recomendación y declaró que el brote por el nuevo coronavirus (2019-nCoV) constituía una ESPII (en virtud de lo dispuesto en los artículos 12 y siguientes del RSI). Además, realizó recomendaciones tanto para la República Popular China, como para el resto de los países y para la comunidad internacional, basadas jurídicamente principalmente en el RSI. La inacción por parte de los Estados miembros de la OMS fue patente. Hecho que pone en tela de juicio el liderazgo de la OMS en todo lo relacionado con la salud.

---

<sup>30</sup> OMS. Comunicado de Prensa de 21 de abril de 2023. “Tercera Ronda de deliberaciones entre gobiernos sobre las propuestas de enmiendas al RSI (2005)”. Disponible en [Tercera ronda de deliberaciones entre gobiernos sobre las propuestas de enmiendas al Reglamento Sanitario Internacional \(2005\) \(who.int\)](#) (consulta abril 2023).

<sup>31</sup> Junta de Vigilancia Mundial de la Preparación. *Un Mundo en Peligro*. Informe anual sobre preparación mundial para las emergencias sanitarias. Septiembre de 2019. Disponible en [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/GPMB\\_Annual\\_Report\\_Exec\\_Summary\\_Foreword\\_and\\_About\\_Spanish\\_0.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/GPMB_Annual_Report_Exec_Summary_Foreword_and_About_Spanish_0.pdf) (consulta julio 2021)

<sup>32</sup> OMS. Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV) [https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (consultado diciembre 2021)



Precisamente fue la OMS la que determinó y así comunicó en fecha 11 de febrero de 2020 que la enfermedad que había causado el nuevo coronavirus se denominaría COVID-19. La denominación responde al hecho de evitar inexactitudes y estigmatizaciones, sin que se haga referencia a ubicaciones geográficas, ni animales ni personas.<sup>33</sup>

En este sentido la OMS elevó el 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública a pandemia internacional<sup>34</sup>. Esto supone la propagación mundial de una nueva enfermedad. Para que se pueda declarar estado de pandemia se deben cumplir dos requisitos: así en primer lugar que el brote epidémico afecte a más de un continente y en segundo lugar que los casos detectados en cada país se produzcan por transmisión comunitaria. Esta declaración no tiene una base legal como sí ocurre con la ESPIL.

Resulta necesario precisar que es la primera pandemia provocada por un coronavirus. Se puso en alarma de que no se iba a tratar sólo de una crisis sanitaria sino de una crisis que afectaría a todos los sectores. Se realizó un llamamiento a los Estados para que adoptasen una estrategia integral para prevenir infecciones, salvar vidas y intentar reducir las consecuencias de la pandemia.<sup>35</sup>

En España el artículo 4, apartado b, de la LO 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio<sup>36</sup> habilita al Gobierno para que de acuerdo con el artículo 116.2 de la Constitución Española (en adelante CE)<sup>37</sup> se pueda declarar el estado de alarma. Se declara en base al supuesto de *crisis sanitaria que supongan alteraciones graves de la normalidad*.

---

<sup>33</sup> CANO LINARES, M. A “Herramientas de la comunidad Internacional frente a la pandemia por COVID-19: la organización mundial de la salud y el Reglamento Sanitario Internacional” en AA. VV *Derechos fundamentales en estado de alarma: Una aproximación multidisciplinar* COBO DEL ROSAL, G. (director) Edit. Dykinson S.L Madrid, 2020 pp.195-217

<sup>34</sup> OMS. Alocución de apertura del director general de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Disponible en <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

<sup>35</sup> CANO LINARES, M.A “Herramientas de la comunidad Internacional frente a la pandemia por COVID-19: la organización mundial de la salud y el Reglamento Sanitario Internacional” op.cit. Pág. 212

<sup>36</sup> Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. BOE núm. 134, de 5 de junio, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1981/BOE-A-1981-12774-consolidado.pdf>

<sup>37</sup> Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 BOE núm. 311, de 29 de diciembre. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

El TC se ha pronunciado en dos sentencias respecto de los estados de alarma decretados por el Gobierno. La primera fue por Sentencia 148/2021 de 14 de julio de 2021<sup>38</sup> En ésta se inadmitió la pretensión de inconstitucionalidad interpuesta contra la Orden SNS /298/2020, de 29 de marzo<sup>39</sup>. En esta norma se establecían medidas excepcionales en los velatorios fúnebres para limitar la propagación del COVID-19. Sí que se estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el RD 463/2020, de 14 de marzo<sup>40</sup>.

El motivo de la declaración de inconstitucionalidad fue por una parte que las restricciones extraordinarias en la libertad de circulación, aunque protegían intereses constitucionalmente relevantes y se ajustaban a las recomendaciones de la OMS excedían el alcance previsto para el estado de alarma tanto en la CE como en su Ley orgánica de desarrollo.

Por otra parte, se declara también inconstitucional el apoderamiento al titular de un departamento ministerial para alterar lo que se hubiese dispuesto por el Consejo de ministros en el RD 463/2020. Facultad que correspondería al Gobierno que responde “*solidariamente de su gestión política ante el Congreso de los Diputados*” (art. 108 CE). Esta habilitación dio pie a que la libertad de empresa fuera limitada sin dación de cuentas al Congreso de los Diputados, garantía de orden público.

---

<sup>38</sup> STC 148/2021, de 14 de julio de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 2054/2020 Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Estado de alarma: nulidad parcial de los preceptos que restringen la libertad de circulación y habilitan al ministro de Sanidad para variar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas; inadmisión del recurso en relación con la orden ministerial. La sentencia contó con votos particulares. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-13032>

<sup>39</sup> Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4173>

<sup>40</sup> RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692>

El TC en sentencia 183/2021, de 27 de octubre de 2021<sup>41</sup> estimo parcialmente el recurso de inconstitucionalidad. respecto de diversos preceptos del RD 926/2020, de 25 de octubre por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado RD, y el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres), distintos preceptos del RD 956/2020 de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el Estado de alarma: nulidad de los preceptos que designan autoridades competentes delegadas y les atribuyen potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma; la extensión temporal de su prórroga y el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia

El TC advierte de su inconstitucionalidad por contravenir el bloque de constitucionalidad sobre el estado de alarma (art. 116 CE y LO 4/1981). El motivo es la designación *in genere* como autoridades delegadas a las y los presidentes de las CCAA y de las ciudades con estatuto de autonomía. En efecto, el artículo 7 de la LO 4/1981 señala que el Gobierno será la autoridad competente o por delegación de éste las y los Presidentes de las CCAA en el caso de que la “*declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una CCAA*”

---

<sup>41</sup> STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021. Recurso de inconstitucionalidad 5342-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados respecto de diversos preceptos del RD 926/2020, de 25 de octubre por el que se declaró el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2; la Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado RD, y el artículo 2, la disposición transitoria única y la disposición final primera (apartados uno, dos y tres), distintos preceptos del RD 956/2020 de 3 de noviembre, por el que se prorrogó el Estado de alarma: nulidad de los preceptos que designan autoridades competentes delegadas y les atribuyen potestades tanto de restricción de las libertades de circulación y reunión en espacios públicos, privados y de culto, como de flexibilización de las limitaciones establecidas en el decreto de declaración del estado de alarma; la extensión temporal de su prórroga y el régimen de rendición de cuentas establecido para su vigencia. La sentencia también contó con votos particulares. BOE de 25 de noviembre de 2021. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-19512>

Inclusive señala la sentencia la delegación efectuada no responde a las características jurídicas de esta institución. El órgano delegante, en este caso el Gobierno no establece los términos de la delegación para que el órgano delegado, las y los presidentes de las CCAA puedan seguir en su aplicación, al igual que su control. Se remite al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS) la coordinación de la aplicación de las medidas. En ningún caso, aunque fuese válida la delegación, debería ser el Consejo Interterritorial el encargado de controlar, sino el Gobierno.

Por añadidura hay que indicar que la autorización del Congreso de los Diputados no es un mero presupuesto para la prórroga, sino que debe establecer las condiciones, los términos de esta y los efectos. Al contrario, se dejó en manos de las autoridades autonómicas la aplicación o no de medidas limitativas de derechos, las cuales además no debían realizar ninguna rendición de cuentas al Congreso de los Diputados. Así las cosas, las autoridades delegadas tampoco se las podría identificar como tales en el momento que pasan a tener funciones entre ellas las de decidir sobre la implantación en sus territorios respectivos de las medidas sanitarias. Así las cosas, éstas quedaban en lo incierto según la CCAA dónde se aplicasen, lo que es realmente preocupante.

En suma, en esta crisis sanitaria la OMS y su RSI han jugado un papel coordinador en la comunidad internacional pero no suficiente, El mecanismo de cooperación entre los Estados falló inicialmente ya que la detección inicial de la enfermedad fue por la OMS no por comunicación de ningún Estado. Demuestra en última instancia la dependencia de la OMS de los Estados, que no es más que el resultado de su propia configuración.<sup>42</sup>

### **1.3. Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE)**

Se ha de aludir también como instrumento normativo a la Clasificación Internacional de Enfermedades (en adelante CIE).<sup>43</sup> En este contexto, se recuerda que en virtud del artículo 21.1 b) de la Constitución de la OMS, la Asamblea Mundial de la Salud tiene autoridad para adoptar Reglamentos referentes a *“nomenclaturas de enfermedades,*

---

<sup>42</sup> CANO LINARES, M.A “Herramientas de la comunidad Internacional frente a la pandemia por COVID-19: la organización mundial de la salud y el Reglamento Sanitario Internacional” op.cit. Pág. 217.

<sup>43</sup> OMS. Clasificación Internacional de Enfermedades. La OMS aprobó durante la 72 Asamblea Mundial de la Salud, celebrada en Ginebra del 20 al 28 de mayo de 2019, la CIE-11, entrada en vigor 2022 <https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases>

*causas de muerte, y prácticas de salubridad pública*”, siendo este hito normativo una manifestación de esta potestad.

En 1948 la Primera Asamblea Mundial de la Salud adoptó el Reglamento número 1 de la OMS. Posteriormente, en base a esta decisión, se procedió a la edición del *Manual de la Clasificación Internacional de Enfermedades, traumatismos y causas de defunción*<sup>44</sup>. Esta lista tiene su origen en la lista de causas de muerte más frecuentes, habiendo evolucionado desde entonces para ajustarse al contexto cambiante en el que se configura la salud de las personas.

Se ha de subrayar este instrumento normativo y su importancia. Después de todo, es utilizado por operadores jurídicos para evaluar las enfermedades, por aseguradoras médicas, por administradores de los programas nacionales de salud, y por las personas designadas para hacer un seguimiento de la salud mundial. Por ello su actualización es de suma importancia para ajustarse a los cambios sociales y tecnológicos.

La CIE-11, elaborada por primera vez de forma electrónica, representa la norma internacional para el registro, notificación, análisis, interpretación y comparación sistemática de los datos de mortalidad y morbilidad. Los países podrán utilizarla para contabilizar e identificar sus problemas de salud. A cada afección o accidente relacionado con la salud se le asigna un Código, de esta forma los Gobiernos pueden diseñar políticas de salud pública.

La nueva clasificación tiene un mayor contenido clínico. Los nuevos capítulos principales son: “*Enfermedades del sistema Inmunitario*”, “*Trastornos del ciclo de sueño y vigilancia*” y “*Condiciones relacionadas con la salud sexual*”. También se destaca un nuevo capítulo y sección suplementaria que permite la evaluación del funcionamiento y registro opcional de los diagnósticos de la medicina tradicional.<sup>45</sup>

Así pues, hasta esta revisión la incongruencia de género se incluía dentro de las afecciones mentales. Por su parte, el trastorno del videojuego sí se incluye dentro de las

---

<sup>44</sup> OMS. *Manual de la clasificación estadística internacional de enfermedades, traumatismos y causas de defunción*, OMS, 1948 disponible en <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42899> (consulta junio 2020)

<sup>45</sup> OMS Nota descriptiva de la CIE-2011. Disponible en <https://icd.who.int/es> (consulta junio 2020).

afecciones mentales. Otra novedad significativa entre las novedades es la definición más detallada del síndrome del *burn out* como un “*fenómeno ocupacional*”. Se define por la CIE-11 como un “*síndrome conceptualizado resultado del estrés crónico en el lugar de trabajo que no se ha manejado correctamente*”.

En suma, se caracteriza según la OMS en base a tres dimensiones: sensación de cansancio extremo o agotamiento físico y emocional, sentimientos negativos o cinismo respecto al trabajo, y reducción de la eficacia profesional. Sólo se aplica al ámbito laboral y no a otras áreas.<sup>46</sup> A tal efecto este reconocimiento ensalza la importancia de la prevención de riesgos laborales para detectar situaciones laborales en los que se pueda dar.

Los tribunales españoles también se habían pronunciado al respecto para darle la calificación de contingencia profesional. Así sirva de ejemplo: en sentencia del tribunal superior de justicia de Andalucía de 1 de junio de 2017<sup>47</sup>. El supuesto de hecho trataba sobre una trabajadora de personalidad exigente y eficiente con ciertos rasgos de personalidad anancástica.

La trabajadora en diferentes ocasiones prolongó su jornada laboral y realizó más tareas de las que le correspondían. Inició proceso de incapacidad temporal (en adelante IT) por ansiedad derivando después en una incapacidad permanente (en adelante IP) por contingencias comunes. En este sentido, la trabajadora mostró su disconformidad en que se considerase que el origen de la contingencia fuese por contingencias comunes. El TSJ estimó el recurso de suplicación y falló que la IP derivaba de contingencias profesionales. La exclusiva causa del estado patológico fue el trabajo, aplicando también la presunción de laboralidad. Una enfermedad psiquiátrica, aunque no se haya producido de forma súbita puede ser considerada accidente de trabajo.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> PULIDO, S. “El reconocimiento del burn out debe utilizarse como medida de prevención” *Gaceta médica* 31 de mayo de 2019 Disponible en <https://gacetamedica.com/investigacion/el-reconocimiento-del-burn-out-debe-utilizarse-como-medida-prevencion-bk2095157/> (consulta diciembre 2021).

<sup>47</sup> Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sala de lo Social de 1 de junio de 2017. Núm. De Resolución 1683/2017 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/74af2fbc0a64c6e0/20170825>.

<sup>48</sup> RICO CASAL, M. “El "burn out": las nuevas enfermedades psicosociales se abren paso como un accidente laboral. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía / Sevilla 1683/2017, de 1 de junio”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos* no. 420 de 2018 pp. 140-143.

Siguiendo esta línea se pasa de, en la anterior revisión de la CIE, incluirse el síndrome del burn out entre “*los problemas relacionados con la dificultad en el control de la vida*”, con la nueva clasificación estaría dentro de la subcategoría “*problemas asociados con el empleo y el desempleo*”. Un paso importante para el estudio y prevención de los riesgos psicosociales.

## 2. EL DERECHO A LA SALUD Y NACIONES UNIDAS

Dentro del marco jurídico internacional se estudia seguidamente cómo se aborda el derecho a la salud en NU. Para ello se precisa analizar la DUDH<sup>49</sup>, instrumento jurídico fundamental dentro de NU. También y de gran relevancia se debe analizar el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC). El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) recoge los derechos de libertad, no haciendo mención expresa del derecho a la salud, por eso no se analizará en este trabajo de investigación.

No resulta baladí precisar que en lo que atañe a la seguridad y salud en el trabajo la Carta de NU no realiza ninguna mención. Sin embargo, como indica Camas<sup>50</sup>, se podría inferir del propósito manifestado por los Estados contratantes de “*Fomentar el progreso social*” con la finalidad de alcanzar “*unos niveles de vida más elevados*”.

Es preciso también mencionar la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible (en adelante Agenda 2030), compuesta por 17 objetivos que buscan erradicar la pobreza, combatir desigualdades y promover la prosperidad y cuidado del medio ambiente. El documento “*Transformando nuestro mundo: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*”,<sup>51</sup> se

---

<sup>49</sup> Naciones Unidas. Asamblea General de Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado julio 2020).

<sup>50</sup> CAMAS RODA, F. *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>51</sup> Naciones Unidas. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 [https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf)

adoptó durante la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo posterior a 2015.

El Objetivo 3 de la Agenda 2030 se enfoca en la salud y bienestar: mantener el carácter universal y su sostenibilidad<sup>52</sup>. Dicho objetivo, relativo a la salud y el bienestar, está intrínsecamente vinculado con el Objetivo 2, referente a la erradicación del hambre, que representaría tanto a la falta de alimentos como a la mala alimentación. En realidad, es un objetivo directamente relacionado con todos los demás<sup>53</sup>. Así también, el objetivo 8.8 se refiere a las medidas de SST y hace hincapié en “*los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.*”

## **2.1. Declaración universal de derechos humanos**

La DUDH es un hito histórico. Por vez primera se recogen en una Declaración, los derechos humanos, para que fuesen protegidos en todas las partes del mundo y para todas las personas. Está formada por 30 artículos, y se encabeza con el primer artículo que regula el derecho a la dignidad.<sup>54</sup> Se realzan las características universalidad, indivisibilidad y interrelacionalidad predicables del resto de derechos universales.<sup>55</sup>

El derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 25 de la DUDH en el marco del conjunto de los derechos de seguridad social. Prescribe dicho artículo:

*“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”. Prosigue indicando: “... en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene*

---

<sup>52</sup> Naciones Unidas. Asamblea General. “Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. *Revista Española del Tercer Sector*. número 31 de 2015, pp. 179-183.

<sup>53</sup> Más de 5 millones de niños mueren cada año en el mundo antes de cumplir los cinco años, la mortalidad materna en el mundo ha disminuido en un 37% desde 2000, el VIH es la principal causa de muerte entre las mujeres en edad de reproducir en todo el mundo, el SIDA es actualmente la principal causa de muerte entre los adolescentes (de entre 10 y 19 años) en África y la segunda causa más común de muerte entre los adolescentes de todo el mundo. <https://www.agenda2030.gob.es/objetivos/objetivo3.htm> (Consultada marzo 2021).

<sup>54</sup> GALLEGO HERNÁNDEZ, A.C “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Universidad de Sevilla, Araucaria*., número 40 de 2018, pp. 631-654.

<sup>55</sup> Naciones Unidas. Conferencia Mundial de derechos Humanos. Viena, 1993. <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/ViennaWC.aspx> (Consulta mayo 2021).



*asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*”. Asimismo, hace especial referencia a la maternidad y a la infancia.

Se destaca también relacionado con el derecho a la salud laboral el artículo 24. En éste se hace referencia al *derecho al descanso*, al *disfrute del tiempo libre*, *jornada de trabajo y vacaciones*. Se puede observar en la redacción del disfrute del tiempo libre como ya apuntaría a una efectiva desconexión, incluida la desconexión digital. Ahora bien, si se observa en la literalidad del artículo 24 el concepto “razonable” es un concepto jurídico indeterminado interpretable.

Precisamente es el artículo 28 el que subraya el derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional para que todos los derechos se hagan plenamente efectivos. Se complementa con el artículo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena<sup>56</sup>. en la que se pone de relieve que todos los derechos humanos son *universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*.

Según especifica MONEREO<sup>57</sup>, el derecho a la salud ha de considerarse incluido en el más amplio derecho de la seguridad social. Así se ha reconocido el artículo 25 dentro del marco de los derechos de seguridad social<sup>58</sup>. Sin embargo, lo que ha ocurrido es que, dada la importancia del derecho a la salud, se ha de tener en consideración la conveniencia política jurídica de su diferenciación con los derechos de seguridad social para su mejor garantía. Así lo expresa la Observación n° 19<sup>59</sup> del comité de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante CDESC) que incluye el derecho a la salud dentro de las nueve ramas de la seguridad social.

---

<sup>56</sup> Naciones Unidas. Declaración y programa de acción de Viena de 1993. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/humanrightsday/2013/about.shtml>

<sup>57</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”. *Francis Lefebvre Derecho de las relaciones laborales*, no 3 de 2019, p. 255.

<sup>58</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.” La salud como derecho humano fundamental” *Wolter Kluwer Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica número 9* de 2014 p. 54.

<sup>59</sup> Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. *Observación general N° 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, febrero 2008. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc)

El derecho a la salud recogido en el artículo 25 de la DUDH tiene carácter universalista, tanto por lo que se refiere al ámbito subjetivo como al predominio de la financiación con cargo al sistema a la fiscalidad en lugar de con las cotizaciones sociales. Esta configuración es la acogida por países como España o Italia, Grecia<sup>60</sup>.

Es un “*derecho de los derechos*” como afirma MONEREO<sup>61</sup>, es decir la base del resto de derechos. Se puede observar cómo el mismo artículo 25 de la DUDH hace referencia a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica o servicios sociales. Todos estos derechos se incluirían y son necesarios para gozar de salud y bienestar.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia se subraya que los tribunales no se han destacado por dar relevancia en sus fundamentos de derecho al artículo 25 de la DUDH. Si se repasa la jurisprudencia del TJUE, no se observa en el articulado de sus argumentaciones dicho artículo. Sin embargo, la invocación al derecho a la salud podría inferirse de otros artículos, como el derecho a la vida o a la integridad física.

El Tribunal Constitucional (en adelante TC), por su parte, en sentencia de 22 de noviembre de 1983.<sup>62</sup> sí menciona el artículo 25 de la DUDH. De esta forma el debate jurídico de la sentencia se centraba en la prohibición por razón de sexo, en concreto en la pensión de viudedad. La sentencia hace referencia al artículo 25 de la DUDH cuando se refiere a:

*“toda persona...tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad”. La expresión a toda persona excluía diferenciación entre uno y otro sexo. La Constitución impone en su artículo 10.2 que las normas relativas a derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la DUDH y demás textos allí recogidos.”*

---

<sup>60</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria” op.cit pág. 261

<sup>61</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria” op.cit pág. 262

<sup>62</sup> Tribunal Constitucional.Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, BOE 14 de noviembre. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1983-32818>.

Ahora bien, la sentencia alude a los seguros a los que toda persona tiene derecho cuando se pierden sus ingresos por circunstancias ajenas a su voluntad. Cabe destacar que está regulado en el mismo párrafo dónde se hace referencia a la salud y al bienestar, puede que no sea por azar sinó que al fin y al cabo todo quedaria englobado en el concepto amplio de salud.

También, el TC se ha referido a la DUDH en la sentencia 139/2016 de 21 de julio de 2016<sup>63</sup>. Los fundamentos de hecho tratan sobre el recurso interpuesto por el Parlamento Vasco al Gobierno central en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril<sup>64</sup>. Los motivos argumentados residen en la consideración de que dicho Real Decreto-Ley conculca el artículo 43 de la CE, es decir la protección del derecho a la salud. Se señala que este artículo constitucional obliga a los poderes públicos a instaurar un sistema sanitario sin discriminaciones e igualitario, protección que no se contemplaba en el RD Ley 16/2012.

La Letrada del Parlamento de Navarra subraya que se dispone de un “*corpus jurídico*” compuesto por tratados ratificados por España en los que se regula el derecho a la salud, dentro de los que se destacan el artículo 25 de la DUDH, artículo 12 del PIDESC y el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE).

Finalmente, en la misma línea argumentativa de la anterior sentencia se destaca también la STC 18/2018 de 22 de febrero de 2018<sup>65</sup>, conflicto positivo de competencia que promovió el Gobierno de la Nación contra el Decreto Foral 117/2012, de 31 de

---

<sup>63</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones,.. BOE de 15 de agosto de 2016 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7904> (Consulta abril 2021).

<sup>64</sup> Real Decreto Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. BOE de 24 de abril de 2012. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-5403> (consulta abril de 2021).

<sup>65</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 18/2018, de 22 de febrero de 2018. conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, que establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra. (BOE de 23 de marzo de 2018). Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-4150](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-4150)

octubre, por el que se modificaba el Decreto Foral 640/1996<sup>66</sup>. El Asesor Jurídico-Letrado del Gobierno de Navarra al presentar sus alegaciones indicó: que, pese a que el artículo 43 de la CE se incardina en los principios rectores de la política social y económica, éste debe ser interpretado a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE.

Es por ello que el artículo 43 de la CE se debe interpretar bajo la óptica del artículo 25 de la DUDH, el artículo 12 del PIDESC, el preámbulo de la OMS, el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), el artículo 35 de la CDFUE, y otras normas de Derecho derivado de la UE. Se advierte como la normativa internacional da fuerza jurídica al derecho a la salud y lo contempla como derecho fundamental. Las argumentaciones restrictivas del artículo 43 se alejan de la normativa internacional como los artículos 25 de la DUDH o el artículo 12 del PIDESC en pro de considerar el derecho a la salud como un derecho fundamental de ámbito subjetivo universal

La sentencia hace alusión a la STC 95/2000 de 10 de abril<sup>67</sup>. En esta sentencia se planteaba el debate jurídico en un recurso de amparo por una negativa de inclusión como beneficiaria de la asistencia sanitaria a la compañera de hecho del titular de la asistencia sanitaria, la cual carecía de permiso de residencia. La sentencia recuerda que los principios rectores de la política social y económica no son normas sin contenido, sino que han de ser informadas por su reconocimiento, respeto y protección (artículo 53.3 de la CE).

---

<sup>66</sup> Decreto Foral 640/1196, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra BON número 153 de 18 de diciembre de 1996. Este Decreto Foral fue derogado por la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por el que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. El TC en sentencia 17/2018 declaró inconstitucional y nula la Ley Foral 8/2013 disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018>

<sup>67</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 95/2000, de 10 de abril de 2000. Recurso de amparo promovido por don José Antonio Roig Broz frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, estimando un recurso de suplicación formulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, desestimó su petición de incluir como beneficiarios de la asistencia sanitaria a su compañera de hecho y a su hija. cual carece de permiso de residencia, BOE de 18 de mayo de 2000. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4079..>

En la DUDH, los artículos 23, 24 proclaman el *derecho al empleo y a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo*. Especial atención al art. 24 dónde se señala el derecho al descanso, a la limitación de la jornada y a las vacaciones. Del objetivo general del derecho del derecho a la salud se puede inferir la protección de la seguridad y salud laboral.

Al respecto, el derecho a trabajar en condiciones equitativas, seguras y dignas se vincula al derecho a la salud. Como señala Monereo, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es un derecho social fundamental de carácter universal, que, por lo tanto, instituye obligaciones positivas para los Estados y el reconocimiento de derechos sociales al trabajador<sup>68</sup>.

## **2.2. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales**

Su articulado se estructura en 31 preceptos, es el artículo 12 el referido a la salud. Este artículo se estructura en dos párrafos. En el primero se reconoce “*el derecho de toda persona al nivel más alto posible de salud física y mental*”. A pesar de no haber adoptado la definición del preámbulo del texto constitutivo de la OMS, sí se podría inferir del redactado del artículo 12. Para conseguir “*el nivel más alto posible de salud*” se tendrían en cuenta tanto las condiciones biológicas, las condiciones socioeconómicas y los recursos del Estado.

Como subraya MONEREO<sup>69</sup> en los antecedentes de la redacción del artículo sí se consideraron todos los factores determinantes de la salud (*alimentación, nutrición, vivienda, acceso a agua limpia potable, condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y medio ambiente sano*). Para hacer frente a la garantía del artículo 12 se deben tener en cuenta todos los determinantes que influyen en la salud. Además, debe estar presente la interdependencia entre todos los derechos, siendo el derecho a la salud la base del que se sostienen los demás.

---

<sup>68</sup>. MONEREO PÉREZ, J.L. “Derecho a la salud” en AA. VV *El sistema universal de los derechos humanos*. MORENO ATIENZA, C, MONEREO PÉREZ JL. (directores) Editorial Comares S.L Granada., 2014. Pág. 543.

<sup>69</sup> Ibidem. Pág. 56 y 57.

Es el párrafo segundo del artículo 12 el que ejemplifica medidas a contraer por los Estados. En primer lugar, se refiere a la *reducción de la mortalidad y mortalidad infantil y sano desarrollo de los niños*. Esta medida se puede poner en relación con el artículo 25.2 de la DUDH dónde cómo ya se ha indicado se pone especial énfasis en la maternidad y la infancia.

Es la segunda medida, párrafo b) del art. 12.2, la que se centra en las medidas relacionadas con el trabajo, al referirse a la *higiene del trabajo y medio ambiente*. La salud laboral influye en la persona para que pueda alcanzar el nivel más alto posible de salud. Señala el tercer párrafo la *prevención y el tratamiento de cualquier índole de enfermedad y la lucha contra ellas*. Dentro del ámbito laboral se incluyen las enfermedades profesionales, que tienen como origen el desarrollo de actividad laboral.

Por su parte es la cuarta medida párrafo d) del art. 12.2 que alude a la asistencia sanitaria universal al indicar que entre las medidas a adoptar entre los Estados parte se encuentra *la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia y servicios médicos en caso de enfermedad*. El poder disfrutar de un sistema que garantice oportunidades iguales a todas las personas. Sea como fuere, se prescriben expresamente los elementos esenciales que, dependiendo de los recursos de cada estado, éstos deberán de cumplir para hacer tangible el derecho a la salud, entre los que se incluyen la disponibilidad de servicios y bienes públicos y la accesibilidad física a los mismos por todas y todos sin discriminación. Dichos servicios deben ser aceptables desde el punto de vista cultural y apropiados desde el punto de vista científico y médico, además de ser de buena calidad.

Es el órgano encargado de supervisar el PIDESC y en este sentido aprobó la Observación General número 14, el 11 de agosto del año 2000<sup>70</sup>. En esta Observación se pretendían resolver las cuestiones sustantivas que se planteaban en la aplicación del art. 12 del PIDESC. La Observación General número 14 tiene 65 puntos. Si se analiza su articulado se observa que delimita lo ya prescrito en el PIDESC. Cabe preguntarse si

---

<sup>70</sup> Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. Observación general número 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* de 11 de agosto de 2000. Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11)

desde el año 2000 no sería necesaria una nueva Observación para adaptarse a los nuevos cambios tecnológicos y sociales.

En su apartado primero en referencia al disfrute del nivel más alto posible de salud establece que “*la salud es un derecho fundamental indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos*”. Si bien conviene matizar que la efectividad del derecho a la salud se podría alcanzar de forma complementaria mediante la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de programas de salud elaborados por la OMS o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

En su apartado segundo el CDESC subraya la interdependencia del derecho a la salud respecto al resto de derechos instituidos en la DUDH. Principalmente se evidencia conexión en relación con los derechos a la *alimentación, vivienda, trabajo, educación, dignidad humana, a la vida, no discriminación, igualdad, no estar sometido a torturas, vida privada, acceso a la información, libertad de asociación, reunión y circulación*. En consecuencia, se observa el carácter transversal del derecho a la salud.

En el apartado cinco el CDESC toma conciencia de la dificultad que supone para muchos Estados conseguir los objetivos enunciado en el art. 12.2 del PIDESC. Hay países donde hay muchas personas viviendo en la pobreza y conseguir el nivel más alto posible de salud se manifiesta en otros parámetros que los países más desarrollados.

En este marco MONEREO<sup>71</sup> afirma que el derecho a la salud se compone de libertades y derechos. Las libertades quedarían reflejadas en el derecho de toda persona a controlar su salud y su cuerpo, incluidas la libertad sexual y genésica Y entre los derechos se podría mencionar el derecho a la protección a la salud de todas las personas para conseguir el nivel más alto posible de salud.

Es importante destacar lo que se debe entender por nivel “*más alto nivel posible de salud*” según el apartado número nueve de la Observación General número 14: “*derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.*” Por ello alcanzarlo dependerá de las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, y de los recursos del

---

<sup>71</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. “Derecho a la salud” op. cit. Pág.56.

Estado. Éste no puede garantizar un derecho a la salud absoluto, ya que hay factores genéticos, estilos de vida que se escapan de su control.

En cualquier caso, en su apartado once el CDESC destaca en la Observación General número 14 dos aspectos importantes: el primero reside en que el derecho a la salud es un derecho inclusivo y, por consiguiente, no sólo debe abarcar la atención de salud oportuna, sino también todos los factores determinantes de la salud en un sentido amplio (desde el acceso a agua potable o a condiciones sanas en el trabajo hasta el cuidado de la salud sexual y reproductiva). El segundo aspecto para destacar es la participación de la población en las cuestiones relacionadas con la salud.

El apartado doce de la Observación general número 14 señala los elementos esenciales e interrelacionados de los que depende el derecho a la salud: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En primer lugar, la disponibilidad implica que cada Estado parte debe contar con bienes y servicios públicos de salud según el nivel de desarrollo del Estado parte.

Aunque cada Estado parte sí deberá contar con unos servicios mínimos como son el agua potable, condiciones sanitarias adecuadas y establecimientos relacionados con la salud. Además, deberá disponer de personal sanitario “*bien remunerado*” según circunstancias del país. Se ha de disponer también de la lista de medicamentos esenciales definidos en la Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS.<sup>72</sup>

El segundo elemento esencial e interrelacionado del que depende el derecho a la salud es la accesibilidad, ser accesible los servicios sanitarios a todas las personas. La accesibilidad cuenta con cuatro elementos. La no discriminación a ninguna persona en su acceso incluidos todos los sectores. La accesibilidad física incluye la distancia geográfica a los servicios sanitarios y a los servicios sanitarios de la salud. También en el acceso a edificios para personas con discapacidades.

Se incluye dentro también del segundo elemento esencial la accesibilidad económica. En otras palabras, que la asistencia sanitaria esté al servicio de todas las personas, lo que sería paso previo para la asistencia sanitaria universal. Y se incluiría también dentro del

---

<sup>72</sup> OMS. Lista de medicamentos esenciales. Versión digital. Disponible en <https://list.essentialmeds.org/> (Consulta junio 2021).



segundo elemento esencial el acceso a la información, solicitarla y difundirla, siempre con el respeto a la confidencialidad de los datos personales.

El tercer elemento esencial e interrelacionado del que depende el derecho a la salud según la Observación general número 14 es la aceptabilidad. Todos los establecimientos sanitarios han de ser respetuosos con la cultura de las personas, tener en cuenta el género, la sensibilidad de cada una. Su objetivo debe ser mejorar el estado de salud y respetar la confidencialidad.

El cuarto elemento y último esencial e interrelacionado del que depende el derecho a la salud es la calidad. Además de respetuosos como indicábamos en el apartado anterior han de ser apropiados. Es decir, contar principalmente con personal médico, equipo hospitalario científicamente aprobado, medicamentos esenciales, agua limpia potable entre otros condicionantes.

Así pues, RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN califica estos elementos como el “*núcleo irreductible*”<sup>73</sup> para dar contenido en el el derecho positivo español al artículo 43 de la CE, ese núcleo irreductible que no se puede franquear. Teniendo en cuenta estos elementos el Estado podrá dar contenido al derecho a la salud. Ese mínimo representa un mínimo al poder de decisión para no vaciar de contenido el derecho a la protección a la salud.

Los siguientes apartados de la Observación General 14 explican los ejemplos de medidas que pueden adoptar los Estados según lo indicado en el párrafo 2 del artículo 12 del PIDESC. Se recuerda que la lista del art. 12.2 es un listado abierto, pero sirven para dar forma y contenido a la definición del derecho a la salud del párrafo primero.

El apartado a) del artículo 12.2 se refiere a la salud materna, infantil y reproductiva. En el sentido de adoptar medidas para los servicios obstétricos de urgencia, salud sexual y reproductiva, salud materna, infantil y planificación familiar. Es el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 el que se refiere a la higiene del trabajo y medio ambiente.

---

<sup>73</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. “¿Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socioeconómicas del sistema”. AA. VV En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. Editorial Laborum, 2016. p. 881

Concretamente el art. 12.2 b) se refiere a la mejora de los aspectos de la higiene ambiental e industrial. Son pocas palabras con un gran contenido. Se referiría a la prevención de accidentes laborales y enfermedades profesionales. También la protección de las personas a radiaciones y sustancias químicas nocivas., lo mismo que en el medioambiente laboral.

Señala expresamente la Observación en su apartado quince que el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 también alude a la *“vivienda adecuada y las condiciones de trabajo higiénicas y seguras, el suministro adecuado de alimentos y una nutrición apropiada y disuade el uso indebido de alcohol y tabaco y el consumo de estupefacientes y otras sustancias nocivas”*.

La Observación general en su apartado 16 como comentario al apartado c) del párrafo 2 del artículo 12 del PIDESC ensalza la prevención y el tratamiento de enfermedades y la lucha contra ellas. Se hace un llamamiento a que se promuevan factores sociales determinantes de la buena salud, así la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género. La lucha contra las enfermedades entre otras cosas implica facilitar la vigilancia epidemiológica, la ejecución de programas de vacunación y estrategias contra las enfermedades infecciosas.

El CDESC enfatiza en las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, la tuberculosis, o el paludismo, y en la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas a quiénes las padezcan. Concretamente acabar con la tuberculosis para 2030 es una meta en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS). En lo referente al paludismo, la OMS elaboró la estrategia técnica mundial contra el paludismo, en la que se propone el objetivo de reducir para 2030 esta enfermedad en un 90%<sup>74</sup>.

Como temas especiales de alcance general se estudia en la Observación general número 14 la no discriminación e igualdad de trato, perspectiva de género, mujer y derecho a la salud, los niños y adolescentes, personas mayores, personas con discapacidad, y pueblos

---

<sup>74</sup> OMS. Estrategia Técnica Mundial contra la Malaria 2016–2030. Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241564991> (consulta mayo 2021)

indígenas. La asistencia sanitaria universal efectiva implica una asignación de recursos equitativa, garantizando el acceso a la salud a toda la población y no a una parte de ella.

Resulta de sumo interés destacar que los factores biológicos y socioculturales determinan la salud de las personas, por lo que la perspectiva de género influye de forma notoria. En lo que respecta a la mujer se debe incidir en el tratamiento de las enfermedades que afectan a las mujeres. Además, reducir las tasas de mortalidad materna y poner el énfasis en la violencia de las mujeres en el hogar. Sin perjuicio de que la mujer tenga acceso a los servicios de salud, educación e información sobre todo salud sexual y reproductiva.

Interesa hacer notar también la salud de niños y niñas, en especial en lo que refiere al matrimonio precoz, mutilaciones sexuales femeninas y el cuidado preferente de los niños respecto a las niñas. Y una mención a destacar son los niños y niñas con discapacidad que puedan disfrutar del acceso a la salud y servicios de salud tanto física como mental para poder gozar de una vida digna.

En el apartado 25 la Observación General 14 remite a los apartados 34 y 35 de la Observación General número 6<sup>75</sup>. Es en efecto, un enfoque integral de la salud dónde se abarca no sólo la parte curativa sino preventiva. Con una esperanza de vida cada vez mayor resulta evidente que la salud de las personas de una edad avanzada no se pueda solucionar sin aplicar conjuntamente medidas preventivas y curativas.

Del mismo modo se debe mencionar las recomendaciones números 1 a 17 del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento<sup>76</sup>. Su contenido destaca en especial porque en esencia se basa en la definición de la OMS sobre la salud. Se debería intentar que las personas mayores pudieran estar con sus familias y su comunidad el mayor tiempo posible. La sensación de exclusión de la sociedad no favorece la salud.

---

<sup>75</sup> Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. Observación general número 6. *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores de 1995*. Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11)

<sup>76</sup> Naciones Unidas. Asamblea General de las Naciones Unidas. Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento de 1982. Disponible en <https://www.un.org/es/conferences/ageing/vienna1982> (consulta julio 2020).

La prevención de las enfermedades físicas y mentales de las personas de mayor edad es especialmente relevante para una mayor garantía de calidad de vida. Si bien, la atención primaria es necesaria que esté cerca de este colectivo vulnerable principalmente por los problemas de movilidad. En efecto ha de haber un equilibrio entre prevención y curación y entre las familias, comunidad y centros de salud.

El apartado 26 de la observación general 14 se reafirma en lo declarado en la observación general número 5<sup>77</sup>. En ésta es el apartado 34 el que se refiere al derecho al disfrute de la salud física y mental. Se pone de manifiesto que la salud física y mental comprenderá tener derecho a los servicios médicos y sociales para promover su autonomía y no agravar la discapacidad sufrida.

Por su parte el apartado 27 de la observación general 14 lo dedica a los pueblos indígenas. Se debe mejorar el acceso a los servicios de salud apropiados a su nivel cultural. Se observa que la salud de los pueblos indígenas se vincula a la salud de la comunidad dónde viven. En consecuencia, el desplazamiento de estas comunidades fuera de su entorno tradicional contra su voluntad es perjudicial para su salud.

Desde la publicación de la Observación General número 14<sup>78</sup> se puede hablar de una doctrina oficial sobre el contenido del art. 12 del PIDESC. Hay que añadir que en el año 2002 se crea la figura de un *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*<sup>79</sup>.

Se ha de poner de relieve para finalizar este apartado que el 23 de noviembre de 2007 el CDESC aprobó la Observación General 19.<sup>80</sup> En el punto 12 a) prescribe que la

---

<sup>77</sup> Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. Observación general número 5. *Las personas con discapacidad de* 1994. Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11)

<sup>78</sup> PEMÁN GAVÍN, J. “Sobre el derecho constitucional a la protección a la salud”. *DS: Derecho y salud* vol. 12 de 2008 p. 29-62.

<sup>79</sup> El mandato del Relator Especial sobre el derecho a la salud física y mental se estableció por la Comisión de Derechos Humanos mediante resolución 2002/31, de abril de 2002. Su mandato fue renovado por última vez mediante la resolución 42/16, de 7 de octubre de 2019. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/issues/health/pages/srriighthealthindex.aspx> (consultada en julio 2020).

<sup>80</sup> Naciones Unidas. Comité de derechos económicos sociales y culturales. *Observación general N° 19: El derecho a la seguridad social (artículo 9)*, febrero 2008. Disponible en: [https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc)

atención a la salud será una de las nueve ramas principales de la seguridad social. En relación con la misma, los Estados parte deberán garantizar que se establezcan sistemas de salud que permitan un acceso adecuado a los mismos. Así se prevén planes privados o mixtos que deberán ser asequibles.

Además tal y como se recoge en la Observación general 3<sup>81</sup> como en la citada observación general 14 del CDESC para adoptar medidas restrictivas de cualquier derecho regulado en el PDESC se debe justificar que se ha realizado una valoración exhaustiva de todas las alternativas posibles antes de la adopción de las mismas. Por lo que para que no se desvirtúe de contenido esencial el derecho a la salud debe existir ese límite infranqueable, del que ut supra se ha hablado y se incidirá en el capítulo II.

### **2.3. Agenda 2030. La meta 8.8 del Objetivo 8.**

El mayor desafío al que se enfrenta el mundo es la erradicación de la pobreza con todas las consecuencias que esto conlleva para la salud. Por lo que la Asamblea General de las NU adoptó la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible<sup>82</sup>. Para obtener el objetivo principal de erradicación de la pobreza, se añaden 16 objetivos más, dónde se destacan el empleo, protección social y las condiciones de trabajo. En suma los 17 objetivos son la base de 169 en las que se pone el foco en: en las *Personas, el Planeta, la Prosperidad, la Paz y las Alianzas*. como unes” *gafas multicolor*”. Importante para la igualdad hombre-mujer como señala QUINTERO LIMA es el Objetivo 5 que se propone lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas.<sup>83</sup>

Así las cosas, el Objetivo 8 busca: “*Promover el crecimiento económico, sostenido, inclusive y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*”<sup>84</sup> Es el objetivo 8.8 de la Agenda 2030 el que promueve un entorno de trabajo y sin

---

<sup>81</sup> CEDSC. La índole de las obligaciones de los Estados Parte. Observación General 3.

<sup>82</sup> Naciones Unidas. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 [https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1\\_es.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf)

<sup>83</sup> QUINTERO LIMA, M.G. “La Agenda 2030 y un nuevo Derecho Social” Noticias cielo [www.cielolaboral.com](http://www.cielolaboral.com) número 9 de 2021

<sup>84</sup> CAMAS RODA, F. *Trabajo decente e inmigrantes en España Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Editorial Huygens, Barcelona, 2016 Pág. 32 y 33

riesgos. Merecería la prevención de riesgos laborales un replanteamiento base de un nuevo derecho fundamental con características holísticas, teniendo en cuenta lo físico y lo mental.<sup>85</sup>

El objetivo 8.8 se refiere expresamente a las personas migrantes, en particular a las mujeres migrantes, y a las personas con empleo precario. En cualquier caso y como indica CAMAS es la única referencia explícita a las y los trabajadores migrantes en el redactado de la Agenda 2030, se pone de relieve el carácter de “trabajador” de la mayor parte de personas migrantes desplazadas por el mundo.<sup>86</sup>

El colectivo migrantes en relación a la línea de investigación de esta tesis, son un colectivo marcado por la precariedad en el trabajo y por ende en las condiciones de salud, y seguridad en el mismo. La Agenda 2030 en este redactado parecía estar pensando no sólo en el principio de igualdad y no discriminación sino también en las ocupaciones que realizan mayoritariamente precarias.<sup>87</sup>

De todos modos la SST es especialmente relevante en las personas trabajadoras migrantes. por su estatuto migratorio y por las ocupaciones que realizan consideradas penosas, pesadas y precarias y por ser vulnerables a accidentes de trabajo, tanto de carácter físico como mental (construcción, servicios, agricultura, servicio domestico entre otras)<sup>88</sup> En suma, valga decir que estas profesiones son consideradas esenciales, los cuidados son un pilar imprescindible en la Sociedad.

En materia de riesgos psicosociales un elemento a tener en cuenta en las evaluaciones de riesgos sí sería aconsejable que fuese el estatus migratorio. Es más se puede señalar la patología específica del síndrome del inmigrante (síndrome de Ulises) con estrés crónico que deriva de la lejanía de su lugar de origen y de sus familiares y en ocasiones

---

<sup>85</sup> QUINTERO LIMA, M.G. “La Agenda 2030 y un nuevo Derecho Social” op. Cit pag. 2

<sup>86</sup> Ibidem 33

<sup>87</sup> CAMAS RODA, F. *Trabajo decente e inmigrantes en España Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente* op. Cit Pág. 36

<sup>88</sup> CAMAS RODA, F. “Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico” *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*” vol. 11 núm. 1 Editorial Pablo de Olavide 2021 op. Cit pàg. 463

vivir en zonas alejadas de centros de salud. En consecuencia, se advierte que urge que deberían ser trabajos de calidad y vigilar su precariedad laboral y su seguridad y salud en el trabajo.<sup>89</sup>

El trabajo doméstico remunerado entendiendo tanto labores de cuidado como tareas de mantenimiento del hogar, como señala CAMAS ha ido en aumento desde la introducción de las mujeres residentes en España en el mercado laboral<sup>90</sup>. Si la mujer ha estado asumiendo y asume los roles de cuidado y tareas del hogar por patrones patriarcales impuestos por la sociedad, lo que se intenta es proyectar en las mujeres trabajadoras migrantes este tipo de trabajos.

En efecto, el trabajo doméstico de las trabajadoras migrantes es un colectivo que reuniría la regla de las 5-P: pesados, peligrosos, precarios, poco remunerados y penalizados socialmente. Durante la pandemia del COVID-19 el sufrimiento fue máximo porque al contraer el virus finalizaba su contrato de trabajo por parte de la o el empleado de hogar y no podían volver a sus países de origen por las restricciones en movilidad internacional.<sup>91</sup> En consecuencia se aprecia en su salud y en su salud laboral el efecto de la vulnerabilidad, tanto si su situación jurídica es regular o irregular en España.

En suma, las trabajadoras migrantes que realizan cuidados o tareas del hogar queda su labor invisibilizada por tratarse de residencias u hogares particulares, lo que por ende afecta a la salud y salud laboral.<sup>92</sup> Las mujeres migrantes que se desplazan a España a trabajar no deberían tener como única vía laboral las tareas de cuidado y mantenimiento del hogar. En el caso de que dispongan de títulos académicos su homologación permitiría que desarrollasen otras actividades. La crisis en los cuidados visibilizada en la pandemia del COVID-19 se considera desde esta tesis que no debe ser resuelta

---

<sup>89</sup>CAMAS RODA.F “Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico” *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*” vol. 11 núm. 1 Editorial Pablo de Olavide 2021 op. Cit pàg. 466

<sup>90</sup> CAMAS RODA.F “Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico” *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*” vol. 11 núm. 1 Editorial Pablo de Olavide 2021 pàg. 451

<sup>91</sup> *Ibidem*. Pàg. 453

<sup>92</sup>*Ibidem* 459

únicamente con el colectivo de mujeres migrantes. La profesionalización de estas tareas evitaría tanto riesgos físicos como mentales en las personas que los realizaran.

### **3. EL DERECHO A LA SALUD Y LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

En este apartado este trabajo investigación se centrará en el estudio del derecho a la salud y principalmente la salud laboral en el marco de la OIT. Para lo que se analizará la normativa dictada, es decir los Convenios Internacionales de la OIT. En concreto los Convenios a analizar, por un tema de extensión, son los considerados fundamentales: en el sentido de la Declaración de la OIT de 1998, en su versión enmendada en 2022: El Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187). En resumidas cuentas, actualmente, los desafíos de la sociedad representados por la crisis medioambiental y climática, el envejecimiento de la población, la creciente digitalización, los cambios sociales, o el valor en alza del derecho a la salud enfrentan a la OIT a nuevos retos.

#### **3.1. Principios y derechos fundamentales en el trabajo**

Es preciso analizar la Declaración de la OIT y los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Se recogen en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento en su versión enmendada en 2022. (en adelante Declaración de 1998) <sup>93</sup> . Se reconoce el consenso de la comunidad internacional sobre algunos derechos fundamentales sociolaborales. Se está realizando un esfuerzo de la comunidad internacional por garantizar el respeto a la dignidad humana. <sup>94</sup> y por ende a un trabajo digno. Son principios constitucionales que los miembros la OIT ya se habían comprometido a cumplir por el hecho de ser miembros de la OIT.

---

<sup>93</sup> OIT. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. 1998 disponible en <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm> (consulta marzo 2021). Adoptada en su 86ª reunión.

<sup>94</sup> BONET PÉREZ, JORDI: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La OIT como referente político jurídico universal*. Editorial Atelier, Barcelona, 2007 Pág. 118.



Los Estados Miembros tienen un compromiso por la mera pertenencia a la OIT de respetar los principios relativos a los derechos fundamentales: “*libertad de asociación y libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil, eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*”. Además, la Declaración de 1998, desde su versión enmendada en 2022, incluye como principio y derecho fundamental en el trabajo: “*un entorno de trabajo seguro y saludable*”<sup>95</sup> principios y derechos fundamentales en el trabajo para incluir “*un entorno de trabajo seguro y saludable*”.

En esta línea argumental en 2019, la Conferencia Internacional del Trabajo también manifestó la importancia de que las condiciones de trabajo seguras y saludables fuesen consideradas derechos fundamentales del trabajo. Se afirmó que las “*condiciones de trabajo seguras y saludables son fundamentales para el trabajo decente*”<sup>96</sup>. Se adoptó una Resolución en la que se solicitaba al Consejo de Administración que examinará con celeridad propuestas para incluir las condiciones de trabajo seguras y saludables en los principios y derechos fundamentales del trabajo.

De esta forma el Consejo de Administración estableció un procedimiento por etapas para el logro de estos objetivos<sup>97</sup>. A raíz de la pandemia del COVID-19, emergencia sanitaria global que se propaga durante el año 2020, todos los sectores económicos y sociales se ven afectados y se intensifica el énfasis en la atención a la salud. Se advierte que ya la Constitución de la OIT reconoce la protección del trabajador contra enfermedades sean o no profesionales y contra los accidentes de trabajo.

Con posterioridad la Declaración de Filadelfia declara la obligación de la OIT de fomentar programas que permitan “*proteger adecuadamente la vida y la salud de los*

---

<sup>95</sup> OIT. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. 1998 en su versión enmendada en 2022 disponible en <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm> (consulta marzo 2021).

<sup>96</sup> OIT. Conferencia internacional del Trabajo 108<sup>a</sup> de 2019. Parte II D) Disponible en: <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration/lang--es/index.htm> (consulta mayo 2021)

<sup>97</sup> GIL, José Luis. “La declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57 de 2020 p. 1.

*trabajadores en todas las ocupaciones*”. En definitiva, la inclusión del derecho a las condiciones de trabajo seguras y saludables como fundamentales en el marco normativo de la OIT se expresa en el preámbulo del Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985, (número 161): “*Teniendo en cuenta que la protección de los trabajadores contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes de trabajo constituye una de las tareas asignadas a la OIT por su Constitución*”.<sup>98</sup> En este sentido también en el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187)<sup>99</sup> en el que se señala el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable.

En el camino de incluir las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, el Consejo de Administración en su reunión de noviembre 2021 adoptó la correspondiente resolución. En efecto, se estableció que la Conferencia Internacional del Trabajo en su reunión 110<sup>a</sup> incluyese las condiciones de SST en el marco de la OIT de los principios y derechos fundamentales en el trabajo<sup>100</sup>.

De manera que en dicha Conferencia de la OIT se aprobó tal y como estaba previsto la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.<sup>101</sup> Se enmienda el párrafo 2 de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo para incluir “*un entorno de trabajo seguro y saludable*”.

---

<sup>98</sup> OIT. Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C161](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C161) (consulta abril 2021).

<sup>99</sup> OIT. Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C187](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C187) (consulta mayo 2021).

<sup>100</sup> Se pensaba realizar mediante una enmienda al párrafo 2 de la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998 o adoptar una nueva declaración de la Conferencia, con objeto de incluir las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Finalmente se consideró que debía tomar la forma de una enmienda a la declaración de la OIT.

<sup>101</sup> OIT. Conferencia Internacional de Trabajo. 110<sup>a</sup> Reunión, 2022 ILC 110/Resolución I: Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 6 de junio de 2022. Vid. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_848141/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_848141/lang-es/index.htm) (Consulta junio 2022).

Se introducen también las correspondientes enmiendas en el anexo de la Declaración de la OIT de 1998 para poner de relieve que son cinco categorías de derechos fundamentales en el trabajo, y no cuatro como hasta el momento. También se requiere enmendar la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y el Pacto Mundial para el Empleo para que hagan mención a este nuevo derecho.

Además, estos instrumentos normativos pasarán a denominarse: “*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), en su versión enmendada en 2022*”, “*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008), en su versión enmendada en 2022*” y “*Pacto Mundial para el Empleo (2009), en su versión enmendada en 2022*”.

Se consideran como convenios fundamentales en el sentido de la Declaración de la OIT de 1998, en su versión enmendada en 2022: El Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187). Importante el punto 5 de la Resolución dónde se manifiesta que lo indicado en la Resolución no puede afectar a los derechos y obligaciones “*de un Miembro dimanantes de los acuerdos de comercio y de inversión existentes entre Estados*”.<sup>102</sup>

Lo indicado es un gran paso en pro de la salud en el marco de la OIT. En conmemoración de este reto el día 28 de abril de 2023, día mundial de la seguridad y salud en el trabajo (se celebra por la OIT desde 2003), tiene como temática principal “un entorno de trabajo seguro y saludable”<sup>103</sup>. Las consecuencias de este nuevo principio de derecho fundamental han generado que pasen a ser instrumentos sobre SST como fundamentales. Es de destacar las repercusiones jurídicas, directas e

---

<sup>102</sup> Idem.

<sup>103</sup> OIT. Seguridad y salud en el trabajo. Día mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo 2023. Disponible en [día mundial de la seguridad y salud en el trabajo 2023 \(seguridad y salud en el trabajo\) \(ilo.org\)](https://www.ilo.org) (consulta abril 2023)

indirectas, sobre acuerdos comerciales existentes concertados por los Estados Miembros que tomaban como referente los principios y derechos fundamentales de la OIT.<sup>104</sup>

### 3.2. La seguridad y salud en el trabajo y la OIT

La seguridad y salud en el Trabajo (en adelante, SST) en la OIT ha sido objeto de diversas iniciativas para potenciarla, como los Programas de Acción Global para la Prevención en el ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante PAG-SST)<sup>105</sup>, el Fondo Visión Cero<sup>106</sup> y el programa Promoción de Empresas Competitivas y Responsables (SCORE)<sup>107</sup>.

Según señala MONEREO, al menos la mitad de las normas de la OIT inciden directa o indirectamente en la prevención de riesgos laborales y materias conexas. En el apartado g) de párrafo III de la Declaración de Filadelfia<sup>108</sup> se dispone que la OIT tiene la obligación de fomentar entre las naciones del mundo, programas que permitan proteger *adecuadamente la vida y salud de los trabajadores en todas las ocupaciones*.<sup>109</sup>

La razón de ser del cuantioso número de normas de la OIT en SST radica en los bienes jurídicos protegidos: la vida e integridad física y psíquica de toda persona. Sin perjuicio de que la definición de un trabajo decente envuelve el concepto de un trabajo realizado en condiciones de seguridad y salud.<sup>110</sup>

---

<sup>104</sup> OIT. Consejo de Administración. 323º reunión, Ginebra 2021. Propuestas para incluir las condiciones de trabajo seguras y saludables en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Punto 52. Disponible en [https://www.ilo.org/gb/decisions/GB343-decision/WCMS\\_828917/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/gb/decisions/GB343-decision/WCMS_828917/lang--es/index.htm) (diciembre 2021).

<sup>105</sup> OIT. Acción Global para la prevención en el marco de la SST. Disponible en: [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/WCMS\\_495535/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/WCMS_495535/lang--es/index.htm). (consultado julio 2020).

<sup>106</sup> OIT. Iniciativa Fondo Visión Cero (VZF), iniciada por el G7. Disponible en: [https://www.ilo.org/safework/projects/WCMS\\_616519/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/safework/projects/WCMS_616519/lang--es/index.htm) (consulta julio 2020).

<sup>107</sup> OIT. Programa para la promoción de empresas competitivas y responsables (programa SCORE). Disponible en [https://www.ilo.org/americas/programas-y-proyectos/WCMS\\_187685/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/programas-y-proyectos/WCMS_187685/lang--es/index.htm) (Consulta julio 2020).

<sup>108</sup> OIT. Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia) 1944 Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907#declearation](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#declearation) (consulta julio 2020).

<sup>109</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. “Derecho a la seguridad y salud en el trabajo” en AA. VV *El sistema universal de los derechos humanos*. MORENO ATIENZA, C, MONEREO PÉREZ JL. (directores) Editorial Comares S.L Granada., 2014, pág. 548.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 549.

En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha hecho eco en sus argumentaciones de instrumentos normativos de la OIT. Así pues, en el asunto I.B. c. Grecia, 3 de octubre de 2013, caso núm. 552/10, que aborda el caso de un empleado de una joyería que confía a unos compañeros de trabajo su temor de haber contraído SIDA<sup>111</sup>. El dueño empieza a recibir presiones para que se despidiera a dicho empleado.

El médico de la empresa intentó disipar los temores al contagio, pero finalmente el empleado fue despedido. Los Tribunales griegos dieron la razón al empleador para preservar la salud de los demás y garantizar la vuelta a la normalidad y el buen funcionamiento de empresa. El Tribunal de Estrasburgo entendió que el despido del empleado seropositivo era una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), artículos 8 y 14<sup>112</sup>.

Para apoyar sus conclusiones el Tribunal se basó en la Recomendación de la OIT número 200 de 2010 sobre el SIDA en el mundo laboral, párrafo 83<sup>113</sup>. Ésta constituye el primer instrumento de derechos humanos sobre el VIH y el SIDA en el marco del derecho del trabajo. En este sentido, la Recomendación señala: “10. *El estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo de discriminación que impida la contratación, la permanencia en el empleo o el logro de la igualdad de oportunidades.* 11. *El estado serológico, real o supuesto, respecto del VIH no debería ser un motivo para terminar una relación de trabajo.*”<sup>114</sup> Se concluye que el empleado había sido víctima de discriminación por su estado de salud. Es decir, se estigmatizó a una persona que, aunque fuera VIH positivo, no se había manifestado síntomas de la enfermedad.

---

<sup>111</sup> TEDH, I.B. c. Grecia, 3 de octubre de 2013, caso núm. 552/10. Disponible en: <https://compendium.itcilo.org/es/compendium-decisions/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-i-b-c-grecia-3-de-octubre-de-2013-caso-num-552-10> (consulta mayo 2021)

<sup>112</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. En vigor desde el 3 de septiembre de 1953. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/the-convention-in-1950>, artículos 8 y 14

<sup>113</sup> OIT. Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200). Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:2551501](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551501) (consulta mayo 2021).

<sup>114</sup>

Las normas y programas de la OIT que se han adoptado para la salud y seguridad de los trabajadores han sido numerosos, como señala CAMAS<sup>115</sup>. En este trabajo de investigación se analizará como ha sido examinada la seguridad y salud en los siguientes Convenios: El Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores 1981 (núm. 155)<sup>116</sup>, en adelante Convenio 155, y su Protocolo de 2002<sup>117</sup>, el Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161)<sup>118</sup>, en adelante Convenio 161 y el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (número, 187)<sup>119</sup>, en adelante Convenio 187.

El motivo por el que se estudian estos convenios reside en que son instrumentos considerados como convenios fundamentales en el sentido de la Declaración de 1998. En esta dirección el Estudio General de 2017 sobre los instrumentos de seguridad y salud en el trabajo sobre el marco promocional, la construcción, las minas y la agricultura<sup>120</sup> señaló que la promoción de la seguridad y salud en el trabajo y la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales son *elementos centrales de la misión fundacional de la OIT y del Programa de Trabajo Decente*.

El concepto de trabajo decente germinó en la OIT<sup>121</sup>. Por consiguiente, fue la OIT la que estableció el trabajo decente como eje vertebrador de la misma, y relaciona las

---

<sup>115</sup> CAMAS RODA, F. *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*, Op. cit. p.24.

<sup>116</sup> OIT. Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155). Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155) (consultado abril 2021).

<sup>117</sup> OIT. Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:31\\_2338](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:31_2338) (consulta abril 2021). En vigor desde febrero de 2005, España no lo ha ratificado.

<sup>118</sup> OIT. Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C161](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C161) (consulta abril 2021). España no lo ha ratificado.

<sup>119</sup> OIT. Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006, (núm. 187). Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C187](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C187) (consultado abril 2021).

<sup>120</sup> OIT. 106 ° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio 2017) Estudio general relativo a los instrumentos de seguridad y salud en el trabajo sobre el marco promocional, la construcción, las minas y la agricultura. Disponible en <https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/agendaitemiii-itucbriefingnoteoshgeneralsurveys.pdf> pág. 11

<sup>121</sup> Como puso de manifiesto el Sr. José Antonio Fonseca Vieira da Silva: “*el trabajo decente es probablemente el concepto más valioso y la herramienta más eficaz, que ha producido la comunidad internacional, ya que proporciona opciones de política que pueden dar respuestas eficaces a los efectos*”

condiciones que debería tener una relación laboral. El trabajo se debería realizar de forma libre, igualitaria, segura y humanamente digna. El programa de Trabajo Decente ha constituido el marco de trabajo de la OIT desde 1999, se incluye desde condiciones de trabajo, pensiones, migraciones internacionales, y enfermedades como el VIH/SIDA.<sup>122</sup>

Posteriormente se instauró como uno de los objetivos de desarrollo sostenible en NU, en concreto el objetivo 8 “*Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos*”.<sup>123</sup> El Trabajo Decente se concreta en cuatro pilares: “*la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social, y el diálogo social.*”<sup>124</sup>. Como señala CAMAS la OIT en lugar de defender la iniciativa de trabajo decente hubiese podido referirse a trabajo de calidad.<sup>125</sup>

En efecto, trabajo decente es una aspiración universal de conseguir un trabajo de calidad donde se respete la dignidad, la salud, seguridad y salud en el trabajo, igualdad y contribuya a poder contribuir al sostén de los gastos personales y familiares principalmente básicos. Por ende, hay que señalar que un trabajo que no sea de calidad afecta a la salud mental y física. Así, el caso de la persona trabajadora que debe ocupar su tiempo de ocio con un trabajo complementario para poder sobrevivir.

En suma, cuando el salario no proporciona un mínimo de subsistencia las personas, aunque trabajen siguen siendo pobres, se difuminan los límites entre el trabajo deficiente y el desempleo. Después de todo, se vislumbra una vis atractiva hacía el rendimiento del capital más que hacía la mano de obra. Son desigualdades que

---

*de la globalización.*” OIT. “El trabajo decente para un desarrollo sostenible. Introducción del director general a la Conferencia Internacional del trabajo” Oficina Internacional del Trabajo. 2007. Pág. 2

<sup>122</sup> FÉRNANDEZ RAMÍREZ, M. “Trabajo Decente y Prevención de Riesgos Laborales” en AA. VV Trabajo *Decente* MONEREO PÉREZ, J.L (Autor), GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, A.L, (directores) LÓPEZ INSUA, B.M (coordinadora). Editorial Comares, Granada, 2018, Pág. 293

<sup>123</sup> NU. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. 70/1 Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible.

<sup>124</sup> CAMAS RODA. R. *Trabajo decente e inmigrantes en España: Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Ed. Huygens, Barcelona, 2016 pág. 18

<sup>125</sup> Idem.

dificultan el desarrollo sostenible, y se debe recordar que según la OIT: “*El trabajo no es una mercancía*”.<sup>126</sup>

Los principios y derechos fundamentales de la OIT, entre ellos ya desde junio 2022 el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable son la base para el trabajo decente. En suma, el trabajo decente y las condiciones de SST no son estáticas, se deben ir adaptando a las nuevas realidades laborales y avances sociales. No se podría calificar de trabajo decente un trabajo bien remunerado pero que pusiese en peligro la salud de las personas trabajadoras.

Además, el trabajo decente no supone un límite a la libertad empresarial, sino que constituye un factor social añadido al desarrollo económico<sup>127</sup> En fin, a partir de la “*Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 10 de junio de 2008*” se le da un valor jurídico necesario, se institucionaliza el concepto y formula el programa de Trabajo decente para guiar los objetivos constitucionales de la OIT.<sup>128</sup>

Es por ello por lo que en la Declaración señalada en el párrafo anterior en su primera parte se señalan cuatro objetivos estratégicos: promoción del empleo a través de la creación de un entorno institucional y económico sostenible, medidas de protección social entre las que se incluyen las materias de SST, diálogo social y tripartismo como objetivo estratégico y el respeto, promoción y aplicación de los derechos fundamentales del trabajo. Objetivo importante si se tiene en cuenta el nuevo derecho fundamental de la OIT: entorno de trabajo seguro y saludable.<sup>129</sup> En fin, los principios y derechos

---

<sup>126</sup> OIT. “El trabajo decente para un desarrollo sostenible. Introducción del director general a la Conferencia Internacional del trabajo”. Op. Cit. Pág. 8

<sup>127</sup> FÉRNANDEZ RAMÍREZ, M. “Trabajo Decente y Prevención de Riesgos Laborales” en AA. VV Trabajo *Decente* MONEREO PÉREZ, J.L (Autor), GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, A.L, (directores) LÓPEZ INSUA, B.M (coordinadora). Editorial op. cit Pág. 286

<sup>128</sup> OIT. Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa. Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms\\_099768.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/genericdocument/wcms_099768.pdf) [https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/106/reports/texts-adopted/WCMS\\_559920/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/106/reports/texts-adopted/WCMS_559920/lang--es/index.htm)

<sup>129</sup> FÉRNANDEZ RAMÍREZ, M. “Trabajo Decente y Prevención de Riesgos Laborales” en AA. VV Trabajo *Decente* MONEREO PÉREZ, J.L (Autor), GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, A.L, (directores) LÓPEZ INSUA, B.M (coordinadora). Editorial Comares, op. Cit Pág. 287



fundamentales son derechos “*inmanentes al trabajo decente*”. Los cuatro objetivos son la base del *Programa de Trabajo Decente*<sup>130</sup>

A pesar de la existencia de instrumentos normativos, no parece sean suficientes para alcanzar el objetivo del trabajo decente y el derecho a la salud de las personas trabajadoras<sup>131</sup> Las nuevas formas de trabajo flexible a través de nuevas tecnologías de la información, el teletrabajo, el trabajo en plataformas digitales pueden poner en riesgo la salud del trabajador (sobrecarga laboral). Se agrava la sobrecarga laboral en especial a las mujeres per ser ellas quienes mayoritariamente se encargan de las tareas del hogar y los cuidados.

De esta forma, el trabajo femenino productivo no ha sido uniforme en todos los países, tanto em materia de segregación vertical y horizontal por sexo como diferencias salariales no justificadas. Problemas que impiden en consecuencia que las mujeres puedan desarrollar un proyecto vital y ser independientes. Se debe destacar también la alta participación en la economía informal, y en sectores laborales dónde los ingresos son bajos como el trabajo a domicilio. Sin olvidar la falta de liderazgo femenino en puestos de responsabilidad por el solo hecho del género.

El trabajo no productivo de ellas en los hogares ayuda en la economía familiar porque se encarga de los cuidados o limpieza entre otras tareas, pero no es óbice de que es un límite para su desarrollo en el mercado laboral. En fin, siguiendo a RAMOS QUINTANA, la introducción de las mujeres al mercado laboral siguió la “*impronta de género*”. Lo que conviene poner el énfasis en el trabajo decente en el colectivo femenino, dónde el reparto de tareas domésticas y de hogar tiene un papel importante.

132

---

<sup>130</sup> CAMAS RODA. R. *Trabajo decente e inmigrantes en España: Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Op. Cit pág. 24

<sup>131</sup> LÓPEZ INSUA, BM. “Los convenios colectivos sectoriales”. AA. VV MONENREO PPÉREZ, L (Dir.), ARIAS DOMÍNGUEZ, A (Dir.) GORELL HERNÁNDEZ, J. (Dir.) VILA TIerno, F. (Dir.) *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico: aspectos laborales y de Seguridad Social*. Ed. Laborum, 2019. pp. 259-754.

<sup>132</sup> RAMOS QUINTANA M.I “El futuro de las mujeres- el futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real”. Editorial OIT Oficinal para España. *Fuente del Trabajo: Trabajo Decente para todo número 3* Pág. 2, 3 y 4 Disponible en <https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/lang--es/index.htm>

Se debe subrayar por su importancia el Convenio sobre la seguridad y salud de los trabajadores (núm. 155)<sup>133</sup>, en adelante (Convenio 155), tiene el rango de Convenio Fundamental como se ha indicado ut supra. Su objetivo es que se adopten políticas nacionales sobre SST, acciones de los Gobiernos y en las empresas. Es decir, en el Convenio 155 se indican los principios básicos y metodología necesaria para mejorar la gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Se complementa con la Recomendación 164 que se adoptó en el mismo foro y fecha.<sup>134</sup> y el Protocolo 2002, que se analizará en el apartado siguiente<sup>135</sup>.

Lo que se debe destacar del Convenio 155 es la contemplación de la protección y promoción de la seguridad y salud en el trabajo de una forma integral y pluridisciplinar. Se define un modelo global de protección del bien jurídico “seguridad y salud laboral” que se orienta hacia la gestión del riesgo laboral como intrínseco al proceso de producción. Lo cual implica promover medidas de cooperación en el seno de la empresa. Se pone el foco en la creación de un sistema coherente y coordinado de regulación global, ya sea porque se contemplan todas las ramas de actividad como a todas las personas trabajadoras. Se pone el foco de atención en la conexión entre riesgo laboral y medio ambiente de trabajo.<sup>136</sup>

De manera que, el Convenio 155 y la Recomendación nº 164 consiguen una repercusión a nivel internacional para la renovación de la protección de la seguridad y salud laboral. Lo esencial se centra en las medidas preventivas más que las reparadoras, actuaciones dinámicas para dar una respuesta a las consecuencias de los daños que se deriven del trabajo. En otras palabras, se pretende una prevención integral. En España tuvo

---

<sup>133</sup> OIT. Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) Entró en vigor el 11 de agosto de 1983, adoptado en Ginebra en la 67ª reunión CIT (22 de junio de 1981) Es ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155)

<sup>134</sup>OIT. R164 Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164) [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R164](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R164)

<sup>135</sup>OIT. Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312338](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312338)

<sup>136</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. TUDELA CAMBRONERO, G. “La protección de la seguridad y salud y salud laboral en la historia de la OIT”. Ministerio de trabajo y economía social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. Pág. 290 y 291

repercusión en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL).<sup>137</sup> dónde se señala que su regulación “*es deudora, además del derecho europeo, de los compromisos contraídos con la OIT, a partir de la ratificación del Convenio nº 155*”.

Los cuatro pilares en los que se sustenta el Convenio son: la formulación, ejecución y revisión periódica de una política nacional sobre SST, el diálogo y participación social, la definición de funciones, responsabilidades, derechos y deberes de los sujetos implicados y la promoción en educación, formación e información. Además, cuenta el Convenio 155 con la flexibilidad propia para adaptarse a las realidades de cada Estado. Todo ello en el marco de los principios de tripartismo, transparencia y responsabilización.<sup>138</sup>

Con anterioridad al Convenio 155, la OIT se dedicó principalmente a elaborar normas internacionales destinadas a la eliminación de los abusos más evidentes de la industria, más centrados en higiene en el trabajo que en seguridad laboral<sup>139</sup>. Se destaca del Convenio 155 la atribución al empresario de una obligación en garantizar que el trabajo en la empresa es seguro y asegurarse de que no hay riesgos para la salud y seguridad de las y los trabajadores.

En efecto, las cláusulas de esta obligación empresarial ya se contenían en textos internacionales como la Health and Safety at work Act. 1974, la estadounidense Occupational Safety and Health Act of 1970 y la Directiva 80/1107/CEE del Consejo de 27 de noviembre de 1980<sup>140</sup>, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos en el trabajo.

Se subraya que para la protección de la prevención de riesgos se deben hablar de dos corrientes: la protección del trabajador por la autoridad (reglamentando medidas

---

<sup>137</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. (BOE 10 de noviembre de 1995)

<sup>138</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. TUDELA CAMBRONERO, G. “La protección de la seguridad y salud y salud laboral en la historia de la OIT”. Op. Cit. Pág. 291 y 292

<sup>139</sup> CAMAS RODA, F. *La normativa internacional y comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Op. cit. p.32.

<sup>140</sup> Directiva 80/1107/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 1980 sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo. Fecha fin de validez 5 de mayo de 2021. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:31980L1107> (consultada abril 2021).

técnicas de seguridad) y la denominada, *Safety First* nacida en Estados Unidos<sup>141</sup>. Y seguida por la OIT Esta última basaba su postulado en la educación del trabajador frente a los riesgos del trabajo, y en la justificación por parte del empleador de que había cumplido todas las medidas posibles de seguridad en la empresa.

En este punto conviene hacer una mención a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de marzo<sup>142</sup>. En efecto, refleja en su argumentación el art. 16 del Convenio 155: “*deberá exigirse a los empleadores, que en la medida que sea razonable y exigible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la SST de los trabajadores*”. Lo mismo que también trae a colación la sentencia, el art. 40.2 de la CE, el artículo 14 de la LPRL dónde se prescribe el deber empresarial de garantía de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, y los artículos 15, 17.1 y 24.3 de la misma ley, así como las Directivas Europeas relacionadas con la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Por supuesto también, como no, el artículo 123 de la LGSS94 dónde se regula el recargo de la prestación a cargo directo del empresario.

La fundamentación jurídica indicada y como punto neurálgico el Convenio 155 de la OIT respalda que en la producción del accidente existió una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido, sin que se puede atisbar negligencia temeraria por parte del trabajador o situación de fuerza mayor. Si se hubiesen cumplido las condiciones mínimas de seguridad quizá el daño no se hubiera producido. La Sentencia concluye y falla determinando la existencia de responsabilidad empresarial en el accidente que sufrió el trabajador y el derecho a recibir las prestaciones de seguridad social con recargo por falta de medidas de medidas de seguridad e higiene del 50%.

---

<sup>141</sup> CAMAS RODA, F. *La normativa internacional y comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo*, *Op. cit.* p.36.

<sup>142</sup> Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sala de lo Social. Fecha 14 de marzo de 2014. Núm. De resolución 601/2014. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9d474b1c81ffa78d/20140328>

El trabajador, argumenta la sentencia, había abandonado la cesta de la plataforma elevadora para realizar el trabajo encomendado, careciendo de arnés de seguridad ya que no lo tenía a su disposición. De esta forma el trabajador realizó el trabajo en solitario, a unos 9 metros de altura. Abandonó la cesta de la plataforma porque no podía llegar al lugar de operaciones dónde se le había ordenado trabajar. Como se apoyó en un falso techo cayó al suelo. Las consecuencias del accidente fueron que sufrió: traumatismo raquímedular, fractura de L1, lesión medular incompleta ese nivel lumbar, fractura pélvica, fracturas costales y contusión pulmonar. Lesiones que fueron determinantes del reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta.

La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) dictó resolución y declaró la inexistencia de responsabilidad empresarial. El trabajador recurrió la resolución que se desestimó. En sede judicial en instancia se estima la reclamación de la parte trabajadora frente al INSS, Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) y parte empresarial. Ésta recurrió en suplicación. Se declaró la existencia de responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo, el derecho a recibir prestaciones de seguridad social derivadas del accidente de trabajo con un recargo del 50% de la base reguladora.

A los efectos de este trabajo de investigación interesa especialmente la definición de salud que proporcional el art. 3 del Convenio 155: *“El término salud en relación con el trabajo, abarca no sólo la ausencia de afecciones o enfermedad, sino también los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo”*. Se observa que la definición transcrita se adecua a la ya dada por la OMS en el preámbulo de su constitución. Sin embargo, añade que los elementos físicos y mentales deben estar relacionados con la seguridad e higiene el trabajo. Así pues, hay que destacar que en el Convenio 155 pone de relieve la idea de *“lugar de trabajo seguro”* en lugar de *“trabajador seguro”*. Idea que se materializará en el resto de los convenios de la OIT dictados con posterioridad. En España consecuencia de la ratificación del Convenio 155<sup>143</sup> fue la aprobación de la Ley 31/1995<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio número 155 de la OIT sobre SST de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981. BOE de 11 de noviembre de 1985. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23158> (Consulta abril 2021).

<sup>144</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995). Entrada en vigor 10 de febrero de 1996.

Además, se debe señalar la fuerza jurídica que adquiere este artículo 3 a raíz de declarar un medio ambiente de trabajo seguro y saludable como principio de derecho fundamental. Principio vinculante a todos los estados miembros de la OIT, cosa para nada baladí. Se advierte desde estas líneas que en el artículo además de incluir los elementos físicos y mentales se podría incluir el hecho diferencial biológico hombre mujer. Con esta añadidura en la definición se estaría en el camino de una salud real y efectiva.

Así pues, el Convenio 155 se estructura en cinco Partes. En la primera se introduce el campo de aplicación y las definiciones correspondientes como la ya vista del término “salud”. En el término “trabajadores” hay que destacar que abarca empleados en el sector privado como en el sector público. La expresión “lugar de trabajo” es bastante amplia como para incluir al teletrabajo, aunque si se incluyese expresamente daría un mayor rigor jurídico.

La segunda Parte del Convenio trata los Principios de una Política Nacional. Se hace hincapié en la prevención de los accidentes y los riesgos que los producen. Se podría haber añadido la prevención de enfermedades profesionales, habida cuenta que los listados de éstas se deberían ir actualizando en base a las nuevas realidades laborales.

Una vez vistos los Principios las dos siguientes Partes tratan sobre la acción a nivel nacional en la Parte III y la acción a nivel de empresa en la Parte IV. Se basa principalmente el Convenio 155 en la prevención de los riesgos laborales, la formación adecuada para evitarlo y la cooperación entre trabajadores y empresarios. Se podría añadir como objeción un inciso en los riesgos de origen mental que pueden acabar teniendo afecciones físicas.

Lo característico en la normativa posterior al Convenio 155 fue afianzar la idea de que es la parte empresarial quien tiene la obligación de garantizar un medio ambiente seguro y salubre. El objetivo de los convenios de la OIT es potenciar un marco uniforme para la protección de la seguridad e higiene en el trabajo mundial.

Se asienta en el marco jurídico internacional la calificación u obligación de medios o de actividad. Se pasa a una regulación general de proteger la seguridad de los trabajadores para conseguir la inexistencia de cualquier tipo de riesgo en el lugar de trabajo, siendo una obligación de medios no de resultado.<sup>145</sup>

El Tribunal Supremo (en adelante TS) se ha basado en sus argumentaciones en el contenido normativo de la OIT en diversos asuntos relativos a la salud laboral. Aunque como señala FALGUERA BARÓ no abunda por la aplicación directa de los Convenios de la OIT para así poder cubrir los vacíos legales de la legislación española.<sup>146</sup> Se puede destacar la STS de 26 de diciembre de 2011<sup>147</sup> que aborda el mantenimiento de la antigua normativa en materia de comedores de empresa.

En dicha sentencia se analiza la temática de los comedores de empresa. En el caso enjuiciado las y los trabajadores disponían de un horario flexible y paralización de la actividad al mediodía por un tiempo máximo de dos horas. Para desplazarse al centro de trabajo se debía tomar un bus lanzadera de 20 plazas que hacía un recorrido circular de unos 20 minutos, debiendo hacer turnos de trayecto por no poder llevar a todas las personas trabajadoras en un solo viaje. Por otro lado, entre el lugar dónde se aparcaban los vehículos particulares y el centro de trabajo, el trayecto duraba unos diez minutos. En primera instancia se reconoció el derecho a disponer de comedores de empresa, no así en el recurso de suplicación planteado. El TS sí confirmó de nuevo la sentencia de instancia.

El TS razona que la empresa no queda exonerada de establecer un comedor sólo porque haya un intervalo de dos horas entre la jornada de la mañana y la tarde. Las circunstancias que concurren no permiten emplear ese período efectivamente en el almuerzo-comida tal y como se ha visto en el anterior párrafo: los desplazamientos a realizar son sustancialmente largos.

---

<sup>145</sup> CAMAS RODA, F. *La normativa internacional y comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo*, *Op. cit.* p.103.

<sup>146</sup> FALGUERA BARÓ. “La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del TS. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral.” *Lex Social Revista jurídica de los derechos sociales*. núm. 1 de 2016 pág. 48.

<sup>147</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia 26 de diciembre de 2011. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0b4a966f8d2bd3da/20120206> (consultado abril 2021).

La fundamentación jurídica de la sentencia pone de manifiesto que la normativa: Decreto de 8 de junio de 1938 y OM de 30 de junio de 1938 pretendía que el trabajo se realizase en condiciones de dignidad.<sup>148</sup> . Se desarrolló por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden de 9 de marzo de 1971) que concretó la obligación de instalar comedores en determinadas circunstancias para determinados trabajos al aire libre. Como bien indica el RD 486/1997, los Convenios de la OIT forman parte del ordenamiento interno y predicán la seguridad y salud en los lugares de trabajo, dicese del Convenio 155 o del Convenio 148. En este RD se reitera la obligación de disponer de locales adecuados destinados a comedores y dormitorios cuando haya alejamiento entre el lugar de residencia y el lugar de trabajo en los centros de trabajo al aire libre.

Ni el Decreto de 8 de junio de 1938 ni la OM de 30 de junio de 1938<sup>149</sup> vulneran los principios constitucionales en los extremos de seguridad y salud en el lugar de trabajo, no han sido derogados expresa o tácitamente por otras normas infraconstitucionales posteriores, ni por la LPRL ni por la negociación colectiva. (fundamento jurídico cuarto). En suma, los principios universales mínimos sobre seguridad y salud siguen siendo y seguirán siendo los mismos: trabajar con dignidad. Y más si cabe con la declaración actualmente de “*un entorno de trabajo seguro y saludable*” como principio fundamental de la OIT.

Se elogia también la brillante argumentación que realiza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia 1/2020<sup>150</sup>. En el supuesto de hecho la empresa demandada había realizado un despido objetivo a la actora en fecha 3 de enero de 2019, con efectos laborales y de baja el mismo día. El argumento en que se basaba el despido era la superación del 20% de ausencias en jornadas hábiles en el plazo de dos meses consecutivos. En primera instancia se declara la improcedencia del despido objetivo.

---

<sup>148</sup> Se destaca la preocupación en estas frases de dicha normativa “*así sucede en la forma frecuente que efectúan sus comidas los trabajadores, sentados en las aceras de las calles o alrededores de fábricas o talleres, expuestos a las inclemencias del tiempo...*”

<sup>149</sup> OM de 8 de junio de 1938 BOE de 11 de junio de 1938 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1938-6765>

<sup>150</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Social de 17 de enero de 2020, número de resolución: 274/2020. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e1d548551eb42cf/20200219> (consulta mayo 2021).



Ampara su argumentación en la normativa internacional y europea entre la que menciona el Convenio 155. Subraya que el nivel de protección de dichos Tratados y normativa internacional y europea es superior a la que ofrece la CE en la protección del derecho a la salud. En efecto, el standard internacional de protección se refiere a todos tipo de riesgos que afectan a la salud y a la vida.

Unos de los artículos del Convenio 155 mencionado en la sentencia señalada en el anterior párrafo, el art. 4, merece especial atención. Así destaca que el Estado debe reducir al mínimo los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo. Sin perjuicio de lo mencionado en el art. 5b) del Convenio dónde se prescribe la adaptación del tiempo de trabajo a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores. La sentencia concluía que el presentismo exigido en el art. 52d) del ET (hoy ya derogado)<sup>151</sup> era contrario a los artículos 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y al art. 3 de la Carta Social Europea (en adelante CSE)<sup>152</sup>.

Igualmente, la Sentencia estudiada se refiere con acierto a la incorporación al control de convencionalidad de la perspectiva de género exigida por el art. 4.1 de la LO 3/2007<sup>153</sup>. Atendiendo a esta interpretación visibiliza los datos que corroboran que las bajas de corta duración predominan más en mujeres. Los motivos entre otros son las dobles jornadas debidas a tareas del hogar, tareas de cuidados que desembocan en estrés y estados de incapacidad temporal de corta duración.

### ***3.2.1. Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981***

En el año 2002 se aprueba el Protocolo relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, valga decir que sólo puede ser ratificado por los Estados parte en el Convenio, lo que no ha realizado el estado español hasta el momento. Su objetivó fue principalmente enfatizar en las disposiciones del artículo 11c) y e) del Convenio.

---

<sup>151</sup> RD Ley 4/2020 de 18 de febrero por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el art. 52 d) del TRLET. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2381](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-2381) (consulta mayo 2021).

<sup>152</sup> La Carta Social Europea (revisada) de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999. Sustituye el Tratado inicial de 1961. Disponible en <https://www.coe.int/es/web/compass/european-social-charter>  
En España se ratifica la Carta Social Europea en 2021, entrada en vigor 1 de julio de 2021 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9719>

<sup>153</sup> LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. BOE de 23 de febrero de 2007 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115> (consulta mayo 2021).

*“c) el establecimiento y la aplicación de procedimientos para la declaración de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales por parte de los empleadores y, cuando sea pertinente, de las instituciones aseguradoras u otros organismos o personas directamente interesados, y la elaboración de estadísticas anuales sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales;*

*e) la publicación anual de informaciones sobre las medidas tomadas en aplicación de la política a que se refiere el artículo 4 del presente Convenio y sobre los accidentes del trabajo, los casos de enfermedades profesionales y otros daños para la salud acaecidos durante el trabajo o en relación con éste;”*

En consecuencia, lo que se pretende es mejorar el procedimiento de registro y notificación de Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (en adelante ATEP) y sucesos peligrosos. Se acompaña del reexamen periódico en consulta con las organizaciones más representativas de personas trabajadoras y empresarios de los requisitos y procedimientos para el registro y notificación. Por ende, también si se hace un seguimiento de los sucesos peligrosos que causan accidentes o enfermedades se puede aumentar las posibilidades de evitarlos, incluidos los producidos en desplazamientos. Del mismo modo se busca armonizar los sistemas de registro y notificación para que se puedan determinar estadísticas comparables.<sup>154</sup> Además, estas estadísticas deberían ser publicadas anualmente.<sup>155</sup>

Se observa en el artículo 1 la relación de definiciones correspondientes a accidentes del trabajo, enfermedad profesional, suceso peligroso y accidente de trabajo. Como observación se podría explicitar más en el redactado de la definición de enfermedad profesional “*enfermedad física o mental*”, precisamente para dar visibilidad al concepto amplio de salud.

Los artículos 2, 3, 4 y 5 se dedican al sistema de registro y notificación. El procedimiento de registro determinará la responsabilidad de los empleadores de llevar un registro de los ATEP, los sucesos peligrosos, accidentes in itinere (se elogia que se tengan en cuenta los

---

<sup>154</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. “La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de la OIT: Origen, evolución y perspectivas de futuro” *Editorial Iustel Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 58 de 2021 Pág. 347 Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La salud del trabajador ante los retos laborales del futuro” (CM/JIN/2019-029). IP: Silvia Fernández Martínez

<sup>155</sup> OIT “Crear una cultura de prevención en materia de seguridad y salud” Guía sobre el Convenio sobre el Convenio sobre SST, 1981, su Protocolo de 2022 y el Convenio sobre el marco promocional para la SST, 2006”, (Número 1987) *Oficina Internacional del Trabajo* 2013 Pág. 5

accidentes in itinere en los registros) y enfermedades cuyo origen profesional pudiera ser sospechoso.

El empleador o empleadora debe informar sobre el procedimiento de registro a las personas trabajadoras. Además, éstas no pueden sufrir represalias por el hecho de “comunicar”. Sin perjuicio de que los casos notificados por las personas empleadoras también deben ser comunicados a los representantes de los trabajadores. Se busca en este sentido transparencia y prevención al prescribir que la notificación detalle *el lugar de trabajo, las circunstancias del accidente o del suceso peligroso, y en una enfermedad profesional las circunstancias de la exposición a peligros para la salud.*

Los artículos 6 y 7 conforman la Parte III Estadísticas Nacionales. Se sigue la línea de la transparencia, ya que exhorta a los Estados Miembros a publicar anualmente las estadísticas: tanto de las notificaciones efectuadas en base a lo que se expresaba en el párrafo anterior, otras informaciones de las cuales se disponga y los consecuentes análisis sobre las estadísticas.

### ***3.2.2. Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) y el derecho a la salud***

El Convenio 161 aborda la aplicación dentro de la empresa de la legislación de seguridad e higiene en el trabajo complementado por la Recomendación 171<sup>156</sup>. Tiene como antecedente la Recomendación número 97<sup>157</sup> y la Recomendación 112<sup>158</sup> en relación con los servicios de medicina en el lugar de trabajo. Los servicios de salud se constituyen en un factor esencial para la mejora de las condiciones de trabajo.

---

<sup>156</sup> OIT. Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 171 (núm. 171). Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC.es,R171,%2FDocument](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC.es,R171,%2FDocument)

<sup>157</sup> OIT. Recomendación sobre la protección de la salud de los trabajadores, 1953 (núm. 97) Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R097](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R097) (consulta marzo 2021).

<sup>158</sup> OIT: Recomendación sobre los servicios de medicina en el trabajo, 1959, (núm. 112), sustituida por la Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 171) disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:7157220554547:12100:NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312509](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:7157220554547:12100:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312509): (consulta marzo 2021).

En consecuencia, nos lleva a pensar como señala CAMAS<sup>159</sup> que tanto el Convenio 155 como el Convenio 161 han de ser considerados de carácter fundamental para los trabajadores, normas mínimas, con independencia de su ratificación, bloque fundamental en materia preventiva. No obstante, como se ha indicado con anterioridad el Convenio 161 no ha obtenido el rango de fundamental, a diferencia del Convenio 155 y Convenio 187 como complemento al principio fundamental de derecho del trabajo: “*entorno de trabajo seguro y saludable*”. Conviene también advertir que a fecha de hoy el Convenio 161 no ha sido aún ratificado por España, lo que debería cuestionarse el por qué.

Así las cosas, el Convenio 161 implanta los servicios de salud en el trabajo de carácter profesional y técnico. Se le atribuyen funciones básicas a las y los empresarios, a las personas trabajadoras y a sus representantes. Los servicios de salud que regula el Convenio 161 se asientan sobre la base de un modelo orgánico y funcional flexible según necesidades de la empresa y de su capacidad económica y técnica, es decir según lo “razonable” y “factible” como principios rectores.<sup>160</sup>

En efecto, los servicios de salud especificados en el Convenio se diseñan como un principio de política nacional para desarrollar una actuación pública coherente. Se deberán concretar sus funciones, la organización y el funcionamiento, eso sí se concreta previa consulta con las organizaciones de personas trabajadoras y empresarias. Sin excepción se deben contemplar a todas las personas trabajadoras, en todas las ramas de la actividad económica y empresas. Los modelos para seguir pueden ser internos o externos a la empresa.<sup>161</sup>

Es de destacar que el ejercicio de las competencias de los servicios de salud no esconde la responsabilidad y obligación irrenunciable de las y los empleadores hacia la actividad preventiva. El Convenio 161 y la Recomendación 171 detallan todas las actividades y todas las tareas que se despliegan en la evaluación de los riesgos laborales que existen

---

<sup>159</sup> CAMAS RODA, F. *La normativa internacional y comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Op. cit. p.92.

<sup>160</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. TUDELA CAMBRONERO, G. “La protección de la seguridad y salud y salud laboral en la historia de la OIT”. Op. Cit. Pág. 307

<sup>161</sup> Idem

en el lugar de trabajo (de carácter objetivo y subjetivo): planificación, ejecución, vigilancia de la salud de las personas trabajadoras, situaciones de emergencia y los riesgos derivados de cada puesto de trabajo.<sup>162</sup>

El Convenio 161 se estructura en cinco Partes. La Parte I se dedica a los principios de una Política Nacional. Las definiciones de servicios de salud en el trabajo se encuentran en consonancia con las definiciones ya dadas por el Convenio 155. Aunque se ha elaborado con posterioridad un convenio dedicado específicamente a la violencia y acoso en el trabajo, se debería también entender incluido en la salud mental del Convenio 161.

La parte II y III y IV se refiere a la importancia de los servicios de salud, sin perjuicio de la responsabilidad de las y los empresarios. Su función es esencial, dada su especialización en prevención de riesgos laborales. Las tareas que el art. 5 prescribe se deberían centrar en la identificación de los riesgos, vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo, asesoramiento y vigilancia de la salud entre otras.

Se podría analizar si los servicios de prevención fuesen en lugar de ser empresas privadas, fuesen públicas, se facilitarían sus funciones al garantizarse en mayor medida la objetividad, así lo deja entrever el art. 10 del Convenio. Si el coste de los servicios de prevención es asumido por la empresa, puede redundar en una pérdida de ingresos de esta y por ende de los trabajadores, no cumpliéndose lo señalado en el art. 12.

### ***3.2.3 Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (número 187)***

Los antecedentes se ubican en la 91 Reunión de la CIT celebrada en 2003, donde se discutió si cómo alcanzar un enfoque integrado de las actividades normativas de la OIT en el campo de la SST. Se llegó a la conclusión de que era necesario elaborar un nuevo instrumento normativo de carácter de marco promocional de la SST<sup>163</sup>. Para así en

---

<sup>162</sup> Ibidem. Pag. 307 y 308

<sup>163</sup> ANÍBAL RODRÍGUEZ, C. *Los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medioambiente de trabajo*. Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009, p. 163-166.

consecuencia ofrecer un tratamiento uniforme de la SST y promover el reconocimiento de los convenios existentes en SST.<sup>164</sup>

Se ha de hacer mención a la recomendación 197<sup>165</sup> del Convenio 187, cuyo objetivo es la integración de las estrategias fundamentales de la OIT para la promoción de la cultura preventiva y de la gestión de los sistemas nacionales de prevención. En suma, se pretende avanzar en el enfoque de una prevención que tenga su foco en la política pública de los Estados, no es óbice señalar que así lo puso de manifiesto el director general de la OIT “*El trabajo decente es trabajo seguro*”.<sup>166</sup> Se advierte que sí se obvia la gestión de la prevención en las empresas, ya que se orienta principalmente a responsabilizar al Estado para mejorar progresivamente en la seguridad y salud en el trabajo mediante el concepto de “prevención”.<sup>167</sup>

Se podría señalar que el Convenio 187 procede a enmarcar el precedente Convenio 155 siempre bajo el paraguas del concepto “cultura preventiva”, anudado a la consecución del trabajo decente y del principio de derecho fundamental de la OIT “*ambiente de trabajo seguro y saludable*”. Se establece un modelo de seguridad y salud en el trabajo en su contenido deberá integrar entre otros elementos: instrumentos legislativos o autoridades competentes o mecanismos de vigilancia y control y dentro de la empresa servicios de asesoramiento, servicio de salud e investigación y medidas de apoyo a pequeñas y medianas empresas y economía informal.<sup>168</sup> En efecto, de la normativa internacional en relación con la OIT enmarca la presencia de mínimos universales y una cultura preventiva sólida para aplicar por los estados miembros.

No obstante, se subraya tanto en el Convenio 187 como en la Recomendación 197 el carácter dinámico para mejorar la situación preexistente y sobre todo información de

---

<sup>164</sup> OIT. “Las reglas del juego. *Una introducción a la normativa de la OIT*. Edición del Centenario. Ginebra, OIT 2019. Pág. 74.

<sup>165</sup> OIT. Recomendación sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 197) Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R197](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R197) (consulta mayo 2021)

<sup>166</sup>OIT. Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91º reunión, 2003 “Estrategia Global en materia de seguridad y salud en el trabajo”

<sup>167</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. TUDELA CAMBRONERO, G. “La protección de la seguridad y salud y salud laboral en la historia de la OIT”. Ministerio de trabajo y economía social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*. Pág. 315

<sup>168</sup> Ibidem. 316

organismos públicos y privados. Así se puede destacar en aras a la perspectiva de género considerar el hecho diferencial biológico hombre mujer para atender con más precisión los riesgos laborales.

Si se estudia el Convenio 187 se observa que se divide en seis partes. En la parte I, la definición de política nacional sobre SST se debe realizar en base a los principios ya enunciados en el art. 4 del Convenio 155. Por lo que hay una relación directa entre los dos Convenios. La declaración de intenciones expresada en la definición de *cultura nacional de prevención en materia de seguridad y salud* representa un reclamo hacía la prevención a todos los niveles para conseguir un medio ambiente seguro y saludable.

La parte II regula los objetivos del Convenio. Se subraya la prevención de riesgos, la llamada a los Estados Miembros a adoptar medidas para la consecución de un medio ambiente seguro y saludable y para ratificar los Convenios de la OIT relacionados con la SST. La parte III incide en las políticas nacionales para poder evaluar los riesgos y desarrollar la cultura de prevención dónde la formación tendría un papel preponderante.

La parte IV describe la obligación de todo Estado Miembro de elaborar un sistema nacional de SST. Debería incluir legislación, convenios colectivos, autoridades responsables, órganos consultivos, formación, servicios de salud y apoyo a la SST en microempresas, pequeñas y medianas empresas y economía informal.

La parte V se centra en la elaboración periódicamente de un programa nacional de SST por parte de los Estados Miembros. El programa se deberá centrar en promover la *cultura nacional de prevención de riesgos laborales*, reducción de los riesgos en el trabajo, indicadores de progreso y cooperación con otros programas y planes nacionales para conseguir el deseado objetivo un medio ambiente seguro y saludable.

### 3.2.4 *Convenio sobre las y los trabajadores domésticos (núm. 189), Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190) y Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177)*

El Convenio sobre las y los trabajadores domésticos, en adelante Convenio 189<sup>169</sup> (referido a los y las trabajadoras domésticos de 2011), afecta principalmente al colectivo de extranjeras inmigrantes irregulares. Se complementa con la Recomendación núm. 201<sup>170</sup>, que junto al Convenio es un paso adelante para la dignificación del personal trabajador doméstico. Éste contempla tanto las tareas del hogar como todos los cuidados a miembros de la familia, y se encuentra infravalorado por considerarse improductivo, ya que no se generan beneficios económicos directos. De esta forma no se computa como actividad económica, ya que por ejemplo no se valora en las estimaciones del PIB. También se considera improductivo por requerir la inexistencia de habilidades específicas. Aunque valga decir que, para el tema cuidados de personas, sobre todo mayores sí se debería requerir formación previa.<sup>171</sup>

Hay una consideración generalizada que tanto el trabajo doméstico como de cuidados se deben encargar las mujeres y que es la propia unidad familiar la encargada de resolverlo. Lo que conlleva que las mujeres tengan menos posibilidades de acceder a un trabajo remunerado y por ende vivir de forma independiente y salir de la pobreza.<sup>172</sup> La mujer se fue incorporando al mundo laboral se realizó en empleos más precarios que los hombres. Sin olvidar los prejuicios de que la mujer pueda disponer de libertad financiera para una disposición autónoma de los ingresos. Igualmente es la mujer la que tiende a dejar antes el empleo ante una situación de crisis dónde se reclaman los cuidados.

---

<sup>169</sup> OIT. Convenio sobre las y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C189](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189) (consulta mayo 2021).

<sup>170</sup> Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201) disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R201](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R201) (consulta mayo 2021)

<sup>171</sup> GRAU PINEDA C. “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” *Lex Social: revista de los derechos sociales*. Vol. 9 núm. 2, 2019 Pág. 51 Disponible en: [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/4201/3481](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/4201/3481)

<sup>172</sup> *Ibidem* pág. 52



Todos estos condicionantes llevaron a que se adoptase por parte de la OIT el Convenio 189 y la Recomendación 201 para un trabajo decente a las y los trabajadores domésticos. De manera que se daba un marco jurídico convencional más propicio para la protección de este colectivo en sus condiciones laborales y en la seguridad y salud en el trabajo. Se asientan las normas laborales mínimas y los principios laborales básicos. Importante que el Convenio 189 prescriba que se tomen medidas para garantizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos de protección de las y los trabajadores domésticos. En cualquier caso, la inviolabilidad de domicilio es una barrera importante para el control de las condiciones laborales<sup>173</sup>

Sea como fuere es la primera vez que la OIT da muestras de reconocimiento normativo a través de normas internacionales a este colectivo de personas trabajadoras, que en su mayoría son mujeres. Un hito histórico para avanzar en el trabajo decente. La vulnerabilidad de las empleadas de hogar se acentúa cuando son niñas, migrantes o pertenecen a una minoría étnica. En fin, la ratificación del Convenio 189 responde a una cuestión de justicia social, con la necesaria importancia al componente económico y de seguridad social.<sup>174</sup>

Es un colectivo muy vulnerable que ha sufrido la pérdida del empleo durante la pandemia del COVID- 19, y que es difícil su prevención y seguridad laboral sin normas que amparen su vigilancia dado el lugar dónde se realiza la prestación laboral, domicilios particulares. destaca en el artículo 10 del Convenio 189 el respeto al descanso semanal como mínimo de 24 horas. Es en el art. 13 dónde se incide en un entorno de trabajo seguro y saludable para las y los trabajadores domésticos. Exhorta a los Estados Miembros a adoptar medidas eficaces para la SST.

Se debe poner de relieve la ratificación por el Pleno del Congreso de los Diputados en España del Convenio 189, en fecha 9 de junio de 2022<sup>175</sup>. Además, en fecha reciente 28 de febrero de 2023 se ha depositado ante la OIT el instrumento de ratificación del

---

<sup>173</sup> Ibidem pág. 63

<sup>174</sup> GRAU PINEDA C. “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” op. Cit. Pág. 68 y 69

<sup>175</sup>Se destaca que fue aprobado por el Congreso de los Diputados por 331 votos a favor, ningún voto en contra y una abstención. (9 de junio de 2022). La tramitación continuará en el Senado y con posterioridad ser registrado en la oficina de la OIT en Ginebra.

Convenio 189. El Convenio entrará en vigor en España el 29 de febrero de 2024.<sup>176</sup> Es un paso importante para la protección de un sector precarizado y mayormente con empleo de mujeres y principalmente migrantes. De hecho, era un reclamo constante desde su aprobación por la OIT en 2011 y con más énfasis desde la STJ de 24 de febrero de 2022, a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vigo. El fallo de la sentencia fue muy claro:

*“El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a los trabajadores en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.*<sup>177</sup>

Por lo que se refiere al Convenio<sup>178</sup> sobre la violencia y el acoso de junio de 2019 (en adelante Convenio 190), entró en vigor el 25 de junio de 2021. Se elaboró en línea con la definición amplia de la OMS, con la DUDH y demás normativa internacional. Además, siguió la hoja de ruta marcada por la OIT de incluir las condiciones seguras y saludables como derechos fundamentales.

Al hilo de este propósito el Convenio 190 favorece un entorno seguro, libre y digno para trabajar. La violencia y el acoso afectan a la salud psicológica, física y sexual de las personas y siendo el colectivo más afectado niñas y mujeres, urge su ratificación por la mayor parte de países. Como indica SANGUINETTI se pretende proclamar un nuevo

---

<sup>176</sup> La Moncloa. Prensa. “Díaz sella un avance histórico en derechos laborales con la consigna del Convenio 189 sobre trabajo doméstico ante la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2023/280223-diaz-trabajo-domestico.aspx>

<sup>177</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de febrero de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Adm Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=60392B7CDB8A220F00FAA04F33DD351E?text=&docid=257991&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8340>

<sup>178</sup> Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190)

derecho humano “*el derecho de toda persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso*”. Es decir, se pretende sentar las bases para que el entorno de trabajo sea igualitario, relaciones laborales que se basen en el respeto y la dignidad de todas las personas trabajadoras.<sup>179</sup>

Es el artículo 1 del Convenio 190 el que define las expresiones “*violencia y acoso*” y “*violencia y acoso por razón de género*”, sin perjuicio de que sea la legislación nacional la que unifique dichas definiciones o mantenga dichas definiciones por separado. Así pues, el Convenio 190 define la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: como la expresión que “*designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso y el acoso por razón de género*”.

Por su parte violencia y acoso por razón de género: “*designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual*”. Lo revolucionario de este Convenio es el enfoque holístico de la violencia y el acoso. Se decide tomar una definición común de violencia y acoso y se prescinde de *la intención del agente, materialización, reiteración, la gravedad de la conducta o la naturaleza psicológica del perjuicio que se sufre*. Lo más importante es el carácter inaceptable y la aptitud dañosa. Dentro de la definición quedaría incluido el acoso por razón de género o sexo y el acoso sexual.<sup>180</sup>

Se destaca también el artículo 2 ya que pone de manifiesto que el Convenio no sólo protege a las personas trabajadoras asalariada sino también a todas las personas del mundo del trabajo, incluso el sector informal de la economía. Mención específica en la Recomendación que acompaña al Convenio, a las y los trabajadores migrantes, especialmente ellas, con independencia de su estatus migratorio. En caso de haber campañas públicas de sensibilización se tendrá en cuenta el idioma para que sea más

---

<sup>179</sup> SANGUINETTI W. “El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados” Editorial CISS Trabajo y Derecho, núm. 95 noviembre de 2022. Pág. 1

<sup>180</sup> SANGUINETTI W. “El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados” Editorial CISS Trabajo y Derecho, núm. 95 noviembre de 2022. Op. cit. Pág. 2

fácil la comprensión de que la violencia y el acoso es inaceptable y por lo cual tienen la posibilidad de denunciar.<sup>181</sup>

Además, en el artículo 3 se advierte que la aplicación material del Convenio abarca a su conexión con el trabajo. Con lo cual se supera la restricción a lugar de trabajo o tiempo de trabajo. De bastante trascendencia ya que esto llevará a incluir comportamientos como el ciberacoso o comportamientos que impliquen a terceros, así clientes o clientas. Advertir también que se tiene en cuenta los efectos de la violencia doméstica en el trabajo para reducir su impacto en el mundo del trabajo. Y, en suma, el Estado en coordinación con empresarios y empresarias y las partes representativas de las personas trabajadoras deben adoptar un enfoque activo y medidas que tengan en cuenta las consideraciones de género.<sup>182</sup>

Por otra parte, es esencial en el convenio la perspectiva preventiva más que la represiva. Por ende, los Estados deberán proporcionar medidas de sensibilización, sobre todo en los sectores u ocupaciones más proclives a que se produzca violencia. Y en suma exigir a las y los empresarios que aseguren un entorno seguro y saludable, tal y como además así se establece el nuevo principio fundamental de la OIT. Medidas que quedarían incluidas en la formación y en los planes de prevención de riesgos de las empresas. Siguiendo a SANGUINETTI el Convenio 190 pretende completar el ordenamiento vigente, sus lagunas y adoptando normas para avanzar contra la violencia y el acoso.<sup>183</sup>

El tercer Convenio objeto de este subepígrafe es el Convenio sobre el trabajo a domicilio (en adelante Convenio 177)<sup>184</sup> y su Recomendación núm. 184 de la OIT<sup>185</sup>. Cuenta con un preámbulo y 18 artículos. Trabajo a domicilio el realizado en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local escogido por ella diferente al centro de trabajo habitual. En la realidad social y laboral que ha incrementado el auge del

---

<sup>181</sup> ROJO TORRECILLA, E. “Notas sobre el acoso sexual en el ámbito laboral. Referencias normativas y resoluciones judiciales” *EL nuevo y cambiante mundo del trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*” 24 de noviembre de 2022 Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/notas-sobre-el-acoso-sexual-en-el.html>

<sup>182</sup> Ibidem. Pág. 3

<sup>183</sup> Ibidem. Pág. 5

<sup>184</sup> Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312322](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322) vigente desde el 22 de abril de 2000

<sup>185</sup> Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184) Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R184](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R184)

teletrabajo este instrumento normativo cobra especial relevancia en este convenio no se habla de las TIC, sólo de la organización y la localización. Además, la SST de este colectivo es materia aún novedosa y que marca la evolución también del derecho a la salud laboral. Hay que precisar que el Convenio 187 no incluye a las personas trabajadoras autónomas. También se debe puntualizar que hubiese estado de recibo la denominación trabajo a distancia para incluir tanto el trabajo a domicilio como el teletrabajo. No sería óbice pensar en una modificación terminológica del Convenio 177

En efecto en el art. 4.2 c) del Convenio 177 dónde se prescribe la igualdad de trato de los y las trabajadoras a domicilio y los en relación con la protección en materia de SST. Además, el art. 7 hace una llamada de atención a que la legislación nacional en materia de SST tenga en cuenta las características propias de los trabajadores a domicilio. Puntualiza el Convenio en que por razones de seguridad ciertos trabajos y la utilización de determinadas sustancias podrían prohibirse al realizar trabajo a domicilio.

El colectivo de personas trabajadoras a domicilio se caracteriza por ser un colectivo vulnerable. Se puede destacar que en ocasiones se realiza en el sector informal lo que lleva a que no haya una protección jurídica inadecuada. Un dato para advertir es que la mayoría de las personas que trabajan a domicilio son mujeres, es un sector fuertemente feminizado. Valga señalar que en sus inicios se asociaba este trabajo a las “máquinas de hilar”. Las y los trabajadores a domicilio tienen más difícil asociarse para poder iniciar defensas de sus derechos.<sup>186</sup>

En consecuencia, el Convenio 177 se marca como objetivo principal asegurar la visibilidad de este colectivo de personas trabajadoras. De esta forma se promueve la igualdad con el resto de las personas trabajadoras que no trabajen a domicilio (libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo...). Se establecen estándares mínimos que la Recomendación 184 se encarga de desarrollar. En los debates internacionales se

---

<sup>186</sup> USHAKOVA T. “Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177)” Editores: ADAPT University Press. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 7 N° Extra-0 2019 (ejemplar dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT, 2019 Comentario elaborado en el marco del Proyecto de Investigación Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado del trabajo: aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional (DER2016-75376-R) dirigida por la Profa. Dra. Lourdes Mella Méndez. Pág. 1368

manifestó la no necesidad de crear una política nacional ya bastaba con medidas dentro del marco de la normativa de SST.<sup>187</sup>

En fecha 25 de mayo de 2022 España depositó los dos instrumentos de ratificación de los dos convenios últimos señalados: Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 177) y el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190) ante el director general de la OIT. Éste último es clave para cumplir los objetivos que se establecen en la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo y el Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de las crisis causadas por la COVID 19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente.<sup>188</sup> Por añadidura, en fecha 14 de febrero de 2023 el Consejo de ministros adoptó el Acuerdo por el que se tomaba conocimiento de la Recomendación núm. 206 de la OIT<sup>189</sup> y se acordaba su remisión a las Cortes Generales a efectos de su conocimiento.

### **3.3. La COVID-19 y la OIT**

La OIT ha sido consciente de la preocupación mundial por la pandemia COVID-19. En la Conferencia Internacional del Trabajo- 109ª de 2021 se valoró y adoptó la correspondiente resolución.<sup>190</sup> Se incide en la protección de las y los trabajadores con mayores riesgos de estar expuestos a la COVID-19.

En este sentido y al hilo de expresado, sobre todo las personas que trabajan en primera línea como los del sector salud han sido los más perjudicados. Sin perjuicio de que este colectivo ha sufrido y sigue sufriendo una carga excesiva de trabajo con la repercusión psicosocial y física que alberga el alargar la jornada laboral. En esta perspectiva se reconoce que el disfrute más alto nivel posible de salud física y mental es más que importante urgente.

---

<sup>187</sup> Ibidem pág.1369

<sup>188</sup> Vid. La Moncloa: “Yolanda Díaz consigna la ratificación de los convenios sobre trabajo a domicilio, violencia y acoso” de 25 de mayo de 2022. Disponible en: [https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/paginas/2022/250522-yolanda\\_convenios.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/paginas/2022/250522-yolanda_convenios.aspx) (consultada el 26 de mayo de 2022)

<sup>189</sup> OIT. R206. Recomendación sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 206). Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R206](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206)

<sup>190</sup> ILC.109/Actas núm. 5ª.

La naturaleza de la COVID-19 fue una novedad que había que dar respuesta sin que hubiese una hoja de ruta que la OIT pudiese utilizar para poder sobrellevar la crisis. Fueron momentos de incertidumbre por el desconocimiento principalmente también de cuánto duraría la crisis. Se convocó un Equipo de Gestión de Crisis que se reunió diariamente durante dos años. Se requería reevaluar y ajustar las decisiones con celeridad. En palabras de un alto directivo: “*La OIT fue inusualmente ágil*”<sup>191</sup>

Desde los inicios de la pandemia la OIT se ha preocupado de realizar evaluaciones, estudios y mostrar su apoyo tanto el mantenimiento del empleo, como en la salud de las personas trabajadoras. En fecha 18 de marzo de 2020 la OIT señalaba que casi 25 millones de lugares de trabajo se podrían llegar a perder a consecuencia de la COVID-19.<sup>192</sup> Se solicitaba una respuesta política coordinada internacionalmente como había pasado ya en la crisis financiera de 2008/9. La respuesta debía ser: proteger las personas trabajadoras en sus lugares de trabajo, estimular la economía y apoyar al máximo nivel la ocupación. Las y los trabajadores más vulnerables han sido y son los jóvenes, personas trabajadoras de edad avanzada, mujeres o emigrantes.<sup>193</sup>

En la segunda edición del Observatorio de la OIT: “El COVID-19 y el mundo del trabajo” se describía el COVID-19 como “*la peor crisis mundial desde la Segunda Guerra Mundial*”.<sup>194</sup> La OIT también se hizo eco de las condiciones laborales de las trabajadoras sanitarias, ya que constituyen el 70% de todo el personal sanitario mundial, por consiguiente, se encontraban y encuentra en primera línea.

Lo que supuso a este colectivo es más trabajo con rotación de turnos y el añadido del trabajo en sus hogares debido al cierre de las escuelas y a la aún arraigada no corresponsabilidad en las tareas del hogar. Hubo países a nivel ejemplificativo como Alemania o Austria que dejaron algunas instalaciones escolares abiertas, con personal

---

<sup>191</sup> OIT. “Alto nivel independiente Evaluación del COVID-19 de la OIT respuesta 2020-22”. Oficina Internacional del Trabajo. Suiza 2022 pág. 3. Esta evaluación exhaustiva permitirá ver cómo actuó la OIT durante la pandemia: lo que realizó bien, los retos a los que se enfrentaba. Este análisis será una guía para posibles crisis futuras. Guía que no es óbice señalar podrían realizar también los Estados Miembros.

<sup>192</sup> Observatorio de la OIT: “El COVID-19 y el mundo del trabajo. Primera edición. Estimaciones actualizadas y análisis. 18 de marzo de 2020

<sup>193</sup> OIT. COVID-19: Protección de los trabajadores en sus lugares de trabajo. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_738742/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_738742/lang--en/index.htm)

<sup>194</sup> Observatorio de la OIT: “El COVID-19 y el mundo del trabajo. Segunda edición. Estimaciones actualizadas y análisis.” 7 de abril de 2020 Pág. 2

mínimo, para que las y los trabajadores esenciales pudiesen llevar a sus hijos. No sólo se debe hacer referencia al cansancio físico sino también al psicológico que el personal sanitario sufrió, tanto presiones emocionales como personales.

Sea como fuere desde la pandemia han entrado con más fuerza la preocupación por los riesgos psicosociales. Desde las personas que teletrabajan, el personal sanitario, la digitalización, son factores que no ayudan en ocasiones a una buena salud mental. Tanto la OMS como la OIT ya han llamado la atención para que se apliquen medidas que atajen la salud mental y así conseguir un medio ambiente saludable. Son riesgos para la salud mental la sobrecarga de trabajo, comportamientos como el moobing o el síndrome del trabajador quemado.

Es la primera vez en septiembre de 2022 que la OMS ha recomendado formar a las y los directivos para prevenir medios ambientes de trabajo que generen estrés.<sup>195</sup> En el documento conjunto OMS-OIT se centra en la prevención de riesgos para la salud mental, y que las personas con problemas de salud mental puedan acceder y prosperar en el mundo laboral.<sup>196</sup>

El Plan estratégico de la OIT 2022-2025<sup>197</sup> dispone que la COVID-19 por su carácter de emergencia sanitaria mundial, ha generado una toma de conciencia global en torno a la relación entre salud y trabajo y principalmente a los riesgos que plantea la adopción de medidas preventivas. Así las cosas, el Plan Estratégico pone de manifiesto la existencia de déficits importantes en materia de SST, que se deben subsanar para llevar a la práctica la visión del Plan estratégico y contribuir a que todos los entornos de trabajo sean seguros y propicien el bienestar de todos y todas. Resultaría interesante la elaboración de un Convenio cuyo objeto fuese la SST en momentos de emergencia sanitaria o pandemia declarada por la OMS.

---

<sup>195</sup> OMS. Informe Mundial de Salud Mental. Junio de 2022 <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240050860>

<sup>196</sup> OMS, OIT “Salud Mental en el Trabajo”2022 disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_856976.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_856976.pdf)

<sup>197</sup> OIT Plan estratégico de la OIT para 2022-2025. 340ª reunión, Ginebra, octubre-noviembre de 2020 Disponible en [https://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB340/pfa/WCMS\\_757572/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB340/pfa/WCMS_757572/lang--es/index.htm) (consulta junio 2021)



## II. EL DERECHO A LA SALUD EN EL ÁMBITO REGIONAL EUROPEO

En este capítulo se estudiará cómo está desarrollada la salud y la salud laboral en la legislación y jurisprudencia en el ámbito regional europeo, siempre siguiendo el hilo argumental de este trabajo de investigación. Es decir, el estudio transversal del derecho a la salud y su reformulación en base a los cambios sociales, tecnológicos y demográficos.

En este sentido, el capítulo se divide en dos partes. La primera de ellas está dedicada a la Unión Europea (en adelante UE). Para su mejor estudio en primer lugar se estudia el derecho a la SST y en segundo lugar la salud pública. Por consiguiente, en materia de SST la legislación de la UE es imprescindible para proteger la seguridad y salud de toda la población de la UE. Además, la SST es fundamental para conseguir los objetivos de desarrollo sostenible de NU. En fin, nadie debería sufrir enfermedades o accidentes relacionados con el trabajo.<sup>198</sup>

En materia de salud pública la UE es el eje para que todas y todos los ciudadanos de la UE puedan gozar de una buena salud en línea con la normativa internacional estudiada ya en el capítulo I. Como se verá la UE complementa las políticas sanitarias de los Estados miembros para así poder conseguir objetivos comunes<sup>199</sup>. En la reciente pandemia provocada por el COVID-19, dónde como se pudo apreciar los virus no entienden de fronteras, medidas comunes se vuelven imprescindibles.

La segunda parte del capítulo se centra en el Consejo de Europa. En ésta corresponde el estudio de la Carta Social Europea y el Código Europeo de Seguridad Social.

---

<sup>198</sup> Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell, al Comitè econòmic i social europeu i al comitè de les regions. Marc estratègic de la UE sobre salut i seguretat en el treball 2021-2027 seguretat i salut laboral en un món laboral canviant. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0323&qid=1626089672913#PP1Contents> 1.1 El valor de la salud y seguridad social en el trabajo.

<sup>199</sup> TFUE. Artículo 168.1: “*Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas*”.

Seguidamente se analiza la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH). Además, merece hacer referencia al tratamiento jurisprudencial del derecho a la salud por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

## **1. EL DERECHO A LA SALUD Y LA UNIÓN EUROPEA**

Este primer apartado del capítulo II inicia su estructura con un primer epígrafe introductorio de lo que representa en el marco de la UE la SST. A continuación, se realiza un análisis, sin ánimo de exhaustividad, del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PIEDS). Con posterioridad se estudiarán cada una en un epígrafe las siguientes Directivas: La Directiva Marco 89/391/CE<sup>200</sup> y la Directiva 2003/88/CE<sup>201</sup>. Se finaliza el apartado con el análisis del Marco Estratégico de la Unión Europea 2021-2027 en tres subapartados para su mayor entendimiento.

### **1.1. La seguridad y salud en el trabajo en el marco de la unión europea.**

La UE ha determinado unas normas mínimas de protección de las personas trabajadoras en base a los artículos, 114, 115, 151, 153 y 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)<sup>202</sup>. El artículo 114 se refiere a la aproximación de las disposiciones legales por parte de la UE. De esta forma señala que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán las medidas necesarias para que así sea. Importante el párrafo tercero del artículo 114 dónde se manifiesta que la Comisión en sus propuestas sobre las materias de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores se basará en un nivel de protección elevado.

Además, en base al apartado quinto del artículo 114, si tras la adopción de una medida de armonización un Estado Miembro llegase a estimar necesario establecer

---

<sup>200</sup>Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:31989L0391>

<sup>201</sup> Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32003L0088>

<sup>202</sup> UE. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

disposiciones nacionales que se basasen en novedades científicas relativas a la protección del medio de trabajo o del medio ambiente y justificadas por un problema específico de dicho Estado, se notificará a la Comisión las disposiciones que se hayan previsto y los motivos de su aplicación.

Es menester hacer mención el artículo 115 cuando pone de relieve que el Consejo podrá adoptar, por unanimidad directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros que puedan incidir en el funcionamiento o establecimiento del mercado interior. En suma, el artículo 151 también pone de manifiesto que los Estados Miembros tendrán como objetivos entre otros la *“mejora de las condiciones de vida y trabajo”*.

Es el artículo 153.1 a) (antiguo artículo 118 y 118A del TCE y con posterioridad al Tratado de Ámsterdam art. 137) del TFUE el que señala que para la consecución de los objetivos del art. 151<sup>203</sup> la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros *“mejora en concreto del entorno de trabajo para proteger la salud y seguridad de los trabajadores”*. No es óbice indicar que ha sido una de las mayores preocupaciones de la UE desde la década de los ochenta del siglo XX. El artículo 153 del TFUE permite que la UE adopte directivas sobre SST para complementar lo ya realizado por los Estados Miembros.

En el marco de la SST es de destacar la STJUE de 22 de diciembre de 2022<sup>204</sup> como ejemplo de que la sucesión rápida de noticias breves y fragmentadas puede llevar más a desinformar que a informar. Esta STJUE interpreta la obligación de las empresas de proporcionar dispositivos correctores especiales a las personas que trabajan con pantallas de visualización. Es un fallo que ha supuesto en los últimos meses una gran repercusión mediática.

---

<sup>203</sup> “La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indica en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones...”

<sup>204</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2022 (Asunto C-392/21). Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj (Tribunal Superior de Cluj, Rumanía). Procedimiento prejudicial. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0392>

Siguiendo lo señalado en la sentencia surge la duda de si las gafas graduadas se debe considerar un equipo de protección individual (en adelante EPI). En España valga indicar que se ha modificado la Guía del INSST sobre el trabajo con pantallas de visualización de datos<sup>205</sup> y se ha eliminado el criterio de las 4 hora diarias o 20 semanales de trabajo efectivo con dichos equipos para ser persona trabajadora usuaria. Se impone la obligación empresarial debida a la prevalencia de la fatiga visual entre las y los operadores que trabajan con pantallas de visualización de datos que es mayor que la de aquellas personas trabajadoras en puestos que no sean informatizados.

Se deberán proporcionar a las personas trabajadoras dispositivos correctores especiales para el trabajo si los resultados del reconocimiento médico demuestran ser necesarios y no pueden utilizarse dispositivos correctores normales.<sup>206</sup> En la sentencia se indica que el término “*dispositivos correctores especiales*” incluye las gafas graduadas y otros tipos de aparatos que sean capaces de corregir o prevenir dificultades visuales. La dificultad visual no tiene por que ser debida necesariamente o causada por trabajar con equipo de pantalla de visualización. Además, el aparato corrector no debería ser utilizado exclusivamente en el lugar de trabajo o en el desempeño de tareas profesionales.<sup>207</sup>

Lo más relevante de la sentencia es que tiene en consideración por primera vez que las gafas graduadas pueden ser dispositivos correctores especiales y quedarían incluidos en la obligación de prevención de las empresas. Éstas deberán proporcionar las mismas o sufragar su coste. Siempre será así mientras los reconocimientos médicos demuestren su necesidad. No siempre las gafas graduadas son dispositivos correctores especiales, por ejemplo, una persona que sufre miopía desde la infancia. Son las gafas para ordenador que se deben prescribir especialmente para pantallas de visualización las que entrarían dentro del concepto de dispositivos correctores.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> INSST Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de equipos con pantallas de visualización. Madrid junio de 2021

<sup>206</sup> Directiva 90/270/CEE artículo 9.3 del Consejo, de 29 de mayo de 1990 referente a las disposiciones mínimas de SST relativas a las disposiciones mínimas de SST relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización y artículo 4.3 del RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de SST relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

<sup>207</sup> Foro de labos. “*Gafas para el uso de pantallas: ¿un nuevo EPI para las y los empleados?*” [www.foro.delabos.es](http://www.foro.delabos.es) de fecha 26 de enero de 2023.

<sup>208</sup> Idem.

En la Guía del INSSST se indica expresamente que es difícil establecer una frontera sencilla que delimite el concepto basándose exclusivamente en un determinado número de horas de uso diarias o semanales. De tal manera utiliza la combinación de varios criterios: la frecuencia del uso, la duración, la intensidad o el ritmo de los períodos de uso continuo de estos equipos. Además, se debe tener en cuenta en la empresa a todos aquellos que utilicen equipos de pantallas con visualización, con independencia del del uso que se haga.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 9 de la Directiva 90/270/CEE del Consejo de 29 de mayo de 1990<sup>209</sup>, referente a las disposiciones mínimas de SST relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. (quinta directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

El artículo 9 de la Directiva 90/270/CEE titulado “protección de los ojos y de la vista de los trabajadores” (se entiende que también las trabajadoras):

*“1. Los trabajadores se beneficiarán de un reconocimiento adecuado de los ojos y de la vista de los trabajadores, realizado por una persona que posea la competencia necesaria:*

- *Antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización*
  - *De forma periódica con posterioridad*
  - *Cuando aparezcan trastornos de la vista que pudieran deberse al trabajo con una pantalla de visualización*
2. *Cuando los resultados el reconocimiento a que se refiere el apartado 1 lo hiciesen necesario, los trabajadores se beneficiarán de un reconocimiento oftalmológico.*
3. *Deberán proporcionarse a los trabajadores dispositivos correctores especiales para el trabajo de que se trata, si los resultados del reconocimiento a que se refiere el apartado 1 o el reconocimiento a que se refieren el apartado 2*

---

<sup>209</sup> Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de SST relativa al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (quinta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:31990L0270>

*demuestran que son necesarios y no pueden utilizarse dispositivos correctores normales.*

4. *En ningún caso las medidas que se adopten en aplicación del presente artículo deberán implicar cargas financieras adicionales para los trabajadores*
5. *La protección de los ojos y de la vista de los trabajadores puede ser parte de un sistema nacional de sanidad.”*

El trabajador en el caso enjuiciado en el desempeño de su actividad trabaja con equipos que incluyen pantallas de visualización. El trabajo frente a una pantalla junto con otros factores de riesgo, como la luz visible discontinua, la falta de luz natural y la sobrecarga neuro psíquica, le han provocado un importante deterioro de su vista. De esta forma siguiendo instrucciones de un médico especialista, se tuvo que cambiar de gafas graduadas para corregir la disminución de su agudeza visual.

El órgano jurisdiccional remitente consideró que para pronunciarse sobre el litigio procedía interpretar entre otras cuestiones el concepto de “*dispositivos correctores especiales*” y si estos dispositivos se podrían utilizar fuera del lugar de trabajo. Indica también la sentencia que que la obligación del empresario de proporcionar a las y los trabajadores afectados un dispositivo corrector especial se puede cumplir mediante la entrega directa del dispositivo por parte del empresario o mediante el reembolso de los gastos que el trabajador hubiese podido efectuar como ya se ha indicado *ut supra*. No obstante, no se podría abonar mediante el abono al trabajador de un complemento salarial de carácter general.

#### **1.1.1. LA UE. Seguridad y salud en el trabajo y COVID-19.**

Por una parte, se debe poner de relieve la actualización de la Directiva sobre agentes biológicos (2000/54/CE)<sup>210</sup> para el SARS- COV-2. Se modifica mediante la Directiva

---

<sup>210</sup> Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. DOL 17 de octubre de 2000 Modificada el 24 de junio de 2020. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02000L0054-20200624>

Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión de 3 de junio de 2020 por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos conocidos por infectar a los seres humanos y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión. Disponible en [EUR-Lex - 32020L0739 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES-TX/?uri=CELEX%3A32020L0739)

(UE) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio de 2020, en concreto el anexo III de la Directiva 2000/54/CE. La UE se ha esforzado por mantener y garantizar la máxima protección de la salud de las personas trabajadoras en todo momento. El anexo III de la Directiva 2000/54/CE señala la lista de agentes biológicos que se conocen por infectar a los seres humanos, que se clasifican según riesgo de infección. La lista se modifica para tener los conocimientos más recientes en materia de desarrollo científico y epidemiológico y que hayan producido cambios significativos, donde se incluyen los nuevos agentes biológicos.

En base a los datos epidemiológicos y clínicos del virus SARS-COV-2 y sus patrones de transmisión, se debía añadir éste con urgencia en el anexo III de la Directiva 2000/54/CE para garantizar la SST a las personas trabajadoras. En especial el virus puede causar enfermedades graves a personas trabajadoras y con enfermedades crónicas. España realizó la transposición de la Directiva (UE) 2020/739/ por lo que se refiere a la inclusión del SARS-COV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos. Se llevo a cabo mediante la Orden TES/1180/2020 de 4 de diciembre de adaptación al progreso técnico del RD 664/1997 de 12 de mayo. También se incluyen en dicha Orden las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión de 24 de octubre de 2019, afectan dentro de los virus a la familia “coronaviridae”<sup>211</sup>

Se ha publicado también la Orden TES/1287/2021<sup>212</sup> se contempla la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1833. Esta parte de la consideración de que los riesgos pueden mostrar una exposición no intencionada a agentes biológicos, podría haber otras actividades no incluidas en el anexo I de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que también se debieran tomar en consideración. La lista de

---

<sup>211</sup> Orden TES/1180/2020 de 4 de diciembre, por la que se adopta en función del progreso técnico el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE 10 de diciembre). Disponible en [BOE.es - BOE-A-2020-15871](https://www.boe.es/boe/BOE-A-2020-15871) Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

<sup>212</sup> Orden TES/1287/2021, de 22 de noviembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos ruante el trabajo. (BOE 25 de noviembre de 2021). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-19371> Se realiza una transposición parcial de la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión. Completa la ya llevada a cabo por la Orden TES/1180/2020 de 4 de diciembre.

actividades establecida en el anexo I de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo se modificó, se añade una frase introductoria para aclarar la naturaleza no exhaustiva de dicha lista. Esta modificación se lleva a cabo en el anexo I del RD 664/1997.

Por otra parte, en el marco de la pandemia del COVID-19, la Comisión, en su Comunicación “*Marco estratégico de la UE en materia de SST 2021-2027*”<sup>213</sup> ya señaló que se actualizaría la Recomendación 2003/670/CE para que se incluyese la COVID-19 como enfermedad profesional y promover que los Estados Miembros así la reconociesen y de esta forma lograr la necesaria convergencia.

El 18 de mayo de 2022 el Comité Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo<sup>214</sup> adoptó el dictamen correspondiente que recomendaba la inclusión de la COVID-19 en el anexo I de la Recomendación 2003/670/CE mediante la introducción de la entrada 408 relativa a la COVID-19 causada por el trabajo tanto: en la prevención de enfermedades, como en la asistencia sanitaria y social y asistencia domiciliaria o en contexto de pandemia en los sectores dónde se haya producido un brote en las actividades con riesgo de infección demostrado.<sup>215</sup>

En consecuencia, la Comisión Europea adoptó el 28 de noviembre de 2022 una Recomendación para que los estados Miembros reconociesen el COVID-19 como enfermedad profesional si se contrae por las personas trabajadoras en la prevención de enfermedades, asistencia sanitaria, asistencia sanitaria a domicilio y además en caso de

---

<sup>213</sup> UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones del Marco Estratégico de la UE sobre salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. Seguridad y Salud Laboral en un mundo laboral cambiante. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0323&qid=1626089672913#PP1Contents>

<sup>214</sup> Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la creación de un Comité consultivo para la SST Disponible en [EUR-Lex - 32003D0913\(01\) - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52003D0913(01))

<sup>215</sup> El acuerdo supuso un avance para la aplicación del Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027, adoptado por la Comisión Europea en junio de 2021: se anunció que se actualizaría la Recomendación sobre enfermedades profesionales para incluir la COVID-19 a finales de 2022. Comisión Europea. Doc. 007-022 de 18 de mayo de 2022. Disponible en [ACSH \(public access\) - Biblioteca \(europa.eu\)](https://www.acsh.europa.eu/acsh/public-access)



pandemia en sectores en los que haya brote y se compruebe riesgo de infección.<sup>216</sup> Por contexto de pandemia se entenderá la situación en que Organismos Internacionales como la OMS declarasen una pandemia mundial a causa de brotes de una enfermedad. También se debe definir brote según la legislación o prácticas nacionales. Habrá un riesgo de infección demostrado en las que según la legislación o prácticas nacionales se establezca un nexo causal entre trabajar en estas actividades y el aumento de la exposición al SARS- CoV-2.

Al hilo de lo expresado se celebra que el Juzgado de lo Social, número 44 de Madrid haya reconocido el coronavirus como enfermedad profesional siguiendo dicha Recomendación dónde se insta a incluir el COVID-19 como enfermedad profesional causada por el trabajo.<sup>217</sup> Los hechos derivan de una enfermera del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. Se contagió durante el desempeño de su trabajo. En el proceso de IT sufrió neumonía bilateral con insuficiencia respiratoria aguda. La sentencia argumenta que el virus fue contraído a causa de su trabajo en el centro sanitario siendo la causa exclusiva la realización de este. La demandante estuvo de baja médica entre el 9 de marzo de 2020 y el 11 de agosto de 2021.<sup>218</sup>

La cuestión en que se centró la litis fue determinar el carácter de contingencia común o profesional del proceso de IT. Se refiere al artículo 6 del RD ley 3/2021 en el sentido: de que una vez acreditado el contagio del virus en el período comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas, y emitidos los correspondientes informes dónde se hiciesen constar que en el ejercicio de su profesión habían estado expuestos al virus SARS-COV-2, se presumiría que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio

---

<sup>216</sup> Recomendación (UE) 2022/2337 de la Comisión de 28 de noviembre de 2022 relativa a lista Europa de enfermedades profesionales DOUE 30 de noviembre de 2022 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022H2337>. Sustituye a la Recomendación 2003/670/CE de 19 de septiembre de 2003.

<sup>217</sup> Juzgado de lo Social, núm. 44 de Madrid. Sentencia núm. 354/2022 de 2 de diciembre de 2022. Sentencia proporcionada por la firma “De Lorenzo Abogados”. [www.delorenzoabogados.es](http://www.delorenzoabogados.es) en fecha 16 de enero de 2023.

<sup>218</sup> Redacción médica: “La enfermedad profesional por COVID supone un cambio abismal en el SNS” de 9 de enero de 2003, consultado en esta fecha disponible en <https://www.redaccionmedica.com/secciones/derecho/-la-enfermedad-profesional-por-covid-supone-un-cambio-abismal-en-el-sns--1545>

sanitarios. Si se dan estas circunstancias se tendrán las mismas prestaciones que el sistema de la seguridad social otorga a las personas afectadas por una enfermedad profesional.

La sentencia declaró que el contagio se había producido en el centro de trabajo, en el trabajo desarrollado por la demandante (relación de causalidad) por lo que se estimó la demanda. El contagio de la enfermedad se había producido en causa exclusiva en el desempeño de su trabajo. Se declara que la contingencia de IT en el período comprendido desde el 9 de marzo de 2020 hasta 11 de agosto de 2021 se deriva de Enfermedad Profesional (en adelante EP), con todos los efectos que lleva inherentes dicha declaración.

El pronunciamiento judicial llevaría a considerar el aislamiento por contagio como de observación por enfermedad profesional y la imprescriptibilidad de su reconocimiento de por vida. De hecho, en el 2009 cuando apareció el virus de la gripe A ya hubo controversia para ver cuál debía ser la consideración de los procesos de IT del personal sanitario (que o bien se pueden contagiar mientras atienden a un paciente o se mantienen aislados o aisladas de manera preventiva)

Se sigue también que se deberá tener en cuenta el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las amenazas transfronterizas graves para la salud de 11 de noviembre de 2020<sup>219</sup>. El origen de éste es llevar a cabo un enfoque coherente y coordinado para las futuras crisis sanitarias en el territorio de la UE. El sistema vigente hasta el momento, basado en el sistema de Alerta Precoz y Respuesta y intercambio de información no garantizaron una respuesta adecuada para hacer frente a la COVID-19. Por lo que se pretende una unión sanitaria más fuerte y preparación en seguridad sanitaria mundial.

No es óbice señalar que el reconocimiento de enfermedad profesional es competencia de los Estados Miembros, lo que realiza la Comisión es promover que se reconozcan las enfermedades profesionales que figuran en la Lista Europea de Enfermedades

---

<sup>219</sup> UE. Comisión Europea. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por el que se deroga la Decisión núm. 1082/2013/UE Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020PC0727>

Profesionales<sup>220</sup>. En suma, es seguir el hilo de lo que prescribe la Directiva marco relativa a la SST, de 1989, en relación con los principios generales de prevención. Se hace eco la Recomendación del apoyo que deben merecer las personas trabajadoras infectadas y familias que hayan sufrido la pérdida de parientes por consecuencia de la exposición en el trabajo.

A pesar de que la situación epidemiológica relacionada con la COVID-19 ha mejorado, no hay que subestimar las nuevas olas del COVID-19, la aparición de nuevas variantes del virus SARS- CoV-2 y los casos del COVID persistente. Se solicita a los Estados una contribución activa de los sistemas nacionales de salud en la prevención de enfermedades profesionales, para así mejorar el diagnóstico de la enfermedad y una mayor sensibilización del personal sanitario. En el artículo 4 de la Recomendación insta a los Estados Miembros de la UE que informen a la Comisión de las medidas que quieran adoptar o hayan adoptado como máximo el 31 de diciembre de 2023.

Se lamenta que España sea el país del mundo con más profesionales sanitarios contagiados. En el ordenamiento jurídico español se ha reconocido al personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios, inscritos en los Registros correspondientes, que en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios, hayan contraído el virus SARS-CoV-2, en el período desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención, las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorgase a las personas afectadas por una enfermedad profesional.<sup>221</sup>

Se debe puntualizar que no se llevó a cabo el reconocimiento de una nueva enfermedad profesional, incluida en el anexo I del RD 1299/2006, sino que equipará: *“Tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional”*. A la postre se regula como una medida

---

<sup>220</sup> Punto 408 del Listado de enfermedades Profesionales: *“COVID-19 causadas por el trabajo en la prevención de enfermedades, asistencia sanitaria y social y asistencia domiciliaria o en un contexto de pandemia, en sectores en los que se ha producido un brote en actividades con un riesgo de infección demostrado.”*

<sup>221</sup> RD Ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. /Artíc. 6 BOE 3 de febrero de 2021)

puntual limitada en el tiempo. Muestra más del no reconocimiento de una nueva enfermedad profesional. Sea como fuere, es la equiparación sólo a efectos de prestaciones.<sup>222</sup>

En este sentido la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social puso de manifiesto después de la aprobación de la Ley 10/2022 que se mantuviera en su literalidad la regulación que se incluye en su disposición adicional cuarta el RD Ley 28/2020. Lo sorprendente es que se vuelve a entender el reconocimiento de la COVID-19 como accidente de trabajo para el personal sanitario y sociosanitario, cuando el RDL3/2021 lo consideró como enfermedad profesional. Se podría tratar de un fallo técnico, pero se reclamó que se tomasen medidas urgentes.<sup>223</sup>

Valga señalar al hilo de lo expresado la Sentencia del Juzgado de lo Social (en adelante SJS) núm. 3 de Talavera de la Reina de 21 de mayo de 2021 dónde reconoce como enfermedad profesional la COVID-19 a una persona trabajadora de un centro de salud de Castilla La Mancha con la categoría de auxiliar administrativa.<sup>224</sup> Se considera que el subsidio de Incapacidad temporal (en adelante IT) del cual fue beneficiaria en 2020 y 2021 por COVID-19 deriva de enfermedad profesional.

La resolución señala que queda acreditada que en el supuesto se acredita: que se está ante una enfermedad contraída a causa del trabajo realizado por cuenta ajena, es una de las actividades que reglamentariamente se determinan en el RD 1299/2006, y provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinan para cada actividad. El demandante estuvo dado de baja médica tras dar positivo en coronavirus desde el 13 de septiembre de 2020 hasta el 22 de octubre de 2020.

Se emitió acreditación de contingencia profesional derivada de accidente de trabajo por el Servicio de Prevención. La Mutua Colaboradora SOLIMAT denegó la calificación de

---

<sup>222</sup> POQUET CATALÀ, R. “Covid-19: ¿de accidente de trabajo a enfermedad profesional” *CEF: Revista de Trabajo y Seguridad Social*. núm. 465 de 2021 pag.97 y 98.

<sup>223</sup> AEDTSS. “La AEDTSS llama a aclarar la situación de las prestaciones por enfermedad profesional del personal sanitario derivadas de la COVID-19” de 15 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.aedtss.com/la-presidenta-de-la-aedtss-maria-emilia-casas-destaca-la-importancia-del-pacto-para-la-reforma-de-las-pensiones-2/> (consulta agosto 2021)

<sup>224</sup> SJS núm. 3 de Talavera de la Reina número 187/2021, de 21 de mayo de 2021. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dbeb636089218e6b/20210602>

accidente de trabajo por no haber estado expuesto a esos riesgos es, específicos durante la prestación de servicios sanitarios (art. 9 del RDL 19/2020<sup>225</sup>). Se desestima la reclamación previa formulada ante la Mutua. Sí que a solos efectos prestacionales percibió prestaciones económicas de IT de forma asimilada a accidente de trabajo.

El demandante inició nuevo proceso de IT desde el 23 de octubre de 2020 hasta el 15 de enero de 2021. La sentencia argumenta que la patología determinante de la lesión padecida por la actora está incluida en el listado del RD 1299/2006 y que efectivamente se venía desarrollando la actividad a la que la norma asocia el riesgo. En el grupo 3 del RD se incluyen enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos y en el apartado A01 se incluyen las “*enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección*”. En el RD 664/1997 en el anexo II se recoge “coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2 (SARS- Cov-2).

Además, con el código 3 A0104 del RD 1299/2006 incluye al personal no sanitario, a los trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos (en centros asistenciales, cuidado de enfermos, en ambulatorios, en instituciones cerradas a domicilio). Se aplica la presunción “*iuris et de iure*” enfermedad profesional. Así se considera también el segundo proceso de IT desde 23 de octubre de 2020 hasta 15 de enero de 2021.

En éste existe una PCR negativa, no obstante, argumenta la sentencia el dato de la sucesión inmediata entre el primero proceso de IT y el segundo. Esta afirmación es importante cara a que las secuelas del COVID puedan considerarse enfermedad profesional.<sup>226</sup> Se debe atender que la Directiva 2020/739, de 3 de junio, de 2020 ya vista fue traspuesta por la Orden TES/1180/2020 dónde se incluye expresamente el virus en el grupo 3 del RD 664/1997. El RD 1299/2006 hace una consideración a la

---

<sup>225</sup> RD Ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19 (BOE de 27 de mayo de 2020) Disponible en [BOE-A-2020-5315 Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19.](#)

<sup>226</sup> RUIZ GONZÁLEZ “La Covid-19 como enfermedad profesional, incluso con PCR negativa posterior, si persisten las patologías derivadas de la misma, sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Talavera de la reina, de 21 de mayo de 2021” vLex Revista de Derecho Laboral núm. 3 julio 2021Pág. 185

anterior norma hace que el contagio del virus pueda ser considerado como contingencia para calificarlo de enfermedad profesional en sentido pleno.<sup>227</sup>

### **1.1.2. UE. Seguridad y Salud en el trabajo. Exposición al amianto.**

Del mismo modo se pretende indicar los valores límite específicos para el amianto, para el plomo y los diisocianatos y cobalto. En este sentido el 28 de septiembre de 2022 la Comisión Europea adoptó una Comunicación<sup>228</sup> y una propuesta legislativa sobre la protección de las personas trabajadoras contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto en el trabajo. Se pretendía como objetivo actualizar los valores límites permitidos vigentes de la exposición al amianto.<sup>229</sup> Esta Propuesta se adecua al compromiso asumido en el Plan Europeo de lucha contra el cáncer, el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales y el Marco Estratégico de la UE sobre salud y seguridad en el trabajo para el período 2021-2027. El amianto es una sustancia peligrosa y cancerígena.

Por otra parte, a modo de mención, se debe subrayar el Acuerdo marco firmado por los interlocutores sociales de la Unión para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario, que es aplicada por la Directiva 2010/32/UE del Consejo<sup>230</sup>. En 2018 el Parlamento aprobó una Resolución sobre donde se contenían recomendaciones a la Comisión sobre las vías de integración de las personas trabajadoras en empleos de calidad una vez se recuperen de las lesiones o enfermedades que hayan padecido. La base de esta Recomendación se

---

<sup>227</sup> RUIZ GONZÁLEZ “La Covid-19 como enfermedad profesional, incluso con PCR negativa posterior, si persisten las patologías derivadas de la misma, sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Talavera de la reina, de 21 de mayo de 2021” op. cit. Pág. 182

<sup>228</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para trabajar para un futuro sin amianto: un enfoque europeo para abordar los riesgos para la salud del amianto <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2022%3A488%3AFIN>

<sup>229</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la cual se modifica la Directiva 2009/148/CE relativo a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto al trabajo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0489>

<sup>230</sup> Directiva 2010/32/UE del Consejo de 10 de mayo, por la cual se ejecuta el Acuerdo Marco sobre la prevención de lesiones por punzada en el sector hospitalario y sanitario, celebrado por HOSPEEM i EPSU Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2010/32/oj>

basa: en la prevención e intervención temprana, reincorporación al trabajo y cambio de actitud en la ayuda a este colectivo de personas trabajadoras.<sup>231</sup>

De esta forma se analiza lo más relevante en materia de salud laboral de la CDFUE, la Carta de los Derechos sociales de la Unión Europea, el Pilar Europeo de Derechos Sociales (en adelante PEDS), y la Directiva Marco 89/391/CEE. Igualmente se ha de subrayar la Unión Europea de la Salud.<sup>232</sup> El “Programa UEprosalud” es la respuesta de la Unión Europea a la COVID-19. La SST es esencial para cumplir el enfoque “Una salud”.<sup>233</sup>

La SST se encuentra regulada también en la CDFUE<sup>234</sup>. En este sentido en el Título IV “*Solidaridad*”, en su artículo 31 se regula el derecho de todo trabajador o trabajadora a unas condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad. Sin perjuicio de que además se haga referencia a la jornada laboral, ya sea su duración máxima, períodos de descanso o a las vacaciones.

No se puede dejar de mencionar la regulación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de la Unión Europea<sup>235</sup>, ya que en su punto 19 se refiere también a la SST. Así, manifiesta que las y los trabajadores deben gozar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias. Se tendrá especialmente en cuenta la formación, información, consulta y participación equilibrada tanto en los riesgos del puesto de

---

<sup>231</sup> Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre vías de reintegración de los trabajadores en empleos de calidad tras recuperarse de una lesión o enfermedad. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0208\\_ES.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0208_ES.html?redirect)

<sup>232</sup> Reglamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de marzo de 2021 por el que se establece un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud (“Programa UEprosalud”) para el período 2021-2027 disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32021R0522> (consulta noviembre 2021).

<sup>233</sup> Ibidem. “Enfoque “una salud”: un enfoque multisectorial que reconoce que la salud humana está vinculada a la salud animal y al medio ambiente y que las acciones para hacer frente a las amenazas para la salud deben tener en cuenta esas tres dimensiones” Capítulo I art. 2. 5) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32021R0522> (consulta noviembre 2021).

<sup>234</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada el 7 de diciembre del año 2000 en Niza, versión revisada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. [EUR-Lex - 12016P/TXT - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32000P0006) (consultado noviembre de 2021).

<sup>235</sup> Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 9 de diciembre de 1989. Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/51be16f6-e91d-439d-b4d9-6be041c28122/language-es/format-PDF/source-search> (consulta noviembre 2021).

trabajo como en su eliminación. Se destaca la importancia de las disposiciones del mercado interior para ayudar a esta finalidad.

## 1.2. Pilar Europeo de derechos sociales

En el año 2016 se llevó a cabo la Apertura de una consulta sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales. Lo que expresó fue la voluntad política de dar valor a los aspectos sociales en uno años de crisis económica.<sup>236</sup> El PEDS se conforma por veinte principios para marcar el rumbo para un mercado justo y un mercado laboral decente. Se pretende evitar los abusos y el riesgo de dumping social. De hecho, el origen se encuentra en la crisis económica que sufría Europa, ya desde la crisis financiera de 2008. En consecuencia, se refuerza el principio de legitimidad democrática de la Unión. El PEDS se estructura en el Preámbulo y en tres apartados a) Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo (Capítulo I); b) condiciones de trabajo justas (Capítulo II) y c) Protección e inclusión social (Capítulo III).

Siguiendo a MONEREO daría la sensación de que se trataría de desarrollar la CDFUE, a través de la acción normativa de los Estados miembros, con el impulso de la Unión Europea siempre con respeto al principio de subsidiariedad. Se utilizarían normativas flexibles dentro siempre de los límites competenciales. Se puede señalar el ejemplo relacionado con el proceso de convergencia en materia social: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE de 21 de diciembre de 2017<sup>237</sup>. Fue un gran paso para el desarrollo normativo comunitario del PEDS.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> RAMOS QUINTANA M.I. “El Pilar Europeo de Derechos Sociales. ¿nos ponemos serios?” Editores: *Wolter Kluwer Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*” número 24 de 2016 “la iniciativa de la Comisión trae causa del discurso pronunciado por Jean Claude Juncker en Estrasburgo...el 9 de septiembre de 2015. En dicha sesión anunció la creación de un Pilar Europeo de Derechos Sociales con la finalidad del...redoblar los esfuerzos encaminados a conseguir un mercado europeo justo y verdaderamente paneuropeo”. Pág. 11

<sup>237</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE de 21 de diciembre de 2017. Adoptada por la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. (DOUE de 11 de julio de 2019) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152>

<sup>238</sup> MONEREO PÉREZ, JL. “Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social” *Revista jurídica de los derechos sociales Lex Social* volumen 8 núm. 2 de 2018. Pág. 258



Se puede destacar la proclamación de que “toda persona tiene derecho a cuidados de larga duración asequibles y de buena calidad, en particular de asistencia a domicilio y servicios comunitarios” (núm. 19). En este caso la CDFUE hace referencia a dependencia.<sup>239</sup> El Informe del Comité de las Regiones de 11 de octubre de 2016 ya señalaba que los ciudadanos de edad avanzada se encuentran en el grupo de población con más riesgo de caer en la pobreza. Indicaba el Informe del Comité de las Regiones que había que aprovechar las oportunidades del cambio demográfico canalizarlas como oportunidades de empleo relacionado con servicio para personas mayores. Además, reflexionaba sobre la esperanza de vida de los europeos larga que en consecuencia incrementan los costes de salud y seguridad social. En consecuencia, las TICs podrían servir para mantener una atención sanitaria y social rentable.<sup>240</sup>

Sea como fuere, la instauración de un PEDS es merecedor de una valoración positiva. Se pone el foco en la dimensión social y visibiliza los principios y derechos sociales existentes. No obstante, se echa en falta un sistema multinivel europeo de derechos sociales desde el sistema de los Tratados. Después de todo se ha subordinado la política social a la económica<sup>241</sup>

El desacierto de que en el PEDS insiste en la flexibilidad y seguridad que se introducen en relación con los contratos de trabajo. La flexibilidad consigue que no se de prioridad al valor del trabajo y en consecuencia al valor salud y a la prevención de riesgos laborales. La seguridad se externaliza en los sistemas de protección social y se reduce el gasto público en pensiones y las prestaciones de desempleo en especial, en los mismos términos se expresó la OIT en el Informe *Construir un Pilar social para fomentar la convergencia europea*<sup>242</sup>. El PEDS busca un mercado inclusivo dónde se consigan unas condiciones de trabajo, incluidas las de SST dignas.<sup>243</sup>

---

<sup>239</sup> ARUFE VARELA, A. “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico” Editorial Iustel Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social núm. 49 (2018). Pág. 51

<sup>240</sup> Idem pág. 52

<sup>241</sup> Ibidem 260

<sup>242</sup> OIT. *Construir un Pilar Social para fomentar la convergencia a Europa*. Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_488959.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_488959.pdf)

<sup>243</sup> RAMOS QUINTANA, M. I El Pilar Europeo de Derechos Sociales. ¿nos ponemos serios?” op. Cit pág. 13

El PEDS<sup>i</sup>, regula la SST en su capítulo II, artículo 10. En éste se proclama el derecho de las y los trabajadores a un elevado nivel de protección de la SST, un entorno adaptado a sus necesidades profesionales y a la protección de sus datos personales. Se relaciona este artículo con lo ya expresado en el artículo 31 de la CDFUE.

En el artículo 16 se regula la sanidad “*toda persona tiene derecho a un acceso oportuno a asistencia sanitaria asequible de carácter preventivo y curativo y de buena calidad*”. Destaca MONEREO<sup>244</sup> que resulta criticable que no se haya hecho referencia a la necesidad de garantizar un nivel de sustitución mínimo a las prestaciones de enfermedad. En materia de cuidados, se regula el derecho de toda persona a cuidados de larga duración, ya sea asistencia a domicilio o servicios comunitarios.

Se debe poner en consonancia con el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>245</sup> dónde se concretan las medidas y acciones a desarrollar en los próximos años. De esta forma es su punto 3.1: *Normas de salud y seguridad en el trabajo para un nuevo mundo laboral* dónde se instaba la presentación del Marco Estratégico en Seguridad y Salud Laboral en el segundo trimestre de 2021, medida que se llevó a cabo.

### **1.3. La Directiva Marco 89/391/CE y la seguridad y la salud en el trabajo**

El derecho a trabajar en condiciones de seguridad, salud y dignidad es un derecho que goza de una tutela multinivel.<sup>246</sup> Se parte de una concepción moderna y amplia de SST, sustentada en la prevención del riesgo. Es el art. 118 A del Tratado (actualmente art. 153.1 a) del TFUE) el que ampara la base jurídica para regular mediante directivas

---

<sup>244</sup> MONEREO PÉREZ J.L, FERNÁNDEZ BERNAT J.A “El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social” *Edit. Wolters Kluwer La Ley Unión Europea* núm. 49 de 2017 pág. 13.

<sup>245</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones del Plan de Acción del Pilar Europeo de derechos sociales Bruselas 4 de marzo de 2021.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2021%3A102%3AFIN&qid=1614928358298>

<sup>246</sup> MONEREO PÉREZ, J.L; MORENO VIDA, M.N. “La Directiva marco 89/391/CE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales”, AA. VV, CASAS BAAMONDE ME(Dtora) GIL ALBURQUERQUE, R. (Dtor) GARCIA PERROTE ESCARTIN I (coord.) GÓMEZ GARCÍA BERNAL, ADRIANO (coord.) SEMPERE NAVARRO, A.V (coord.) *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* Ed. Francis Lefebvre Madrid, 219 p. 875-910.

las disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo con el fin de elevar la protección de la SST.

Manifiesta MONEREO que las cuestiones sobre SST han sido objeto de importante regulación en el marco del derecho de la Unión, sobre todo a partir de la Directiva 89/391/CE<sup>247</sup> de 12 de junio de 1989 (en adelante Directiva Marco), a la cual siguieron un conjunto de directivas de carácter específico.

La transposición a España se efectuó por la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.<sup>248</sup> Tanto en el sistema del Tratado (derecho comunitario originario) como en la Directiva Marco se parte de una concepción moderna y globalizadora de la SST en el ambiente de trabajo, para así poder otorgar una protección integral a las y los trabajadores.<sup>249</sup> Siguiendo a MONEREO<sup>250</sup> el objetivo es su propósito integrador, se incluirá a todos los sectores de actividad y todos los riesgos, representa un punto de inflexión en el marco de la prevención de riesgos laborales en la Unión Europea. Sí quedan excluidas de su ámbito subjetivo determinadas actividades de la función pública.

A este respecto la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2020<sup>251</sup> señala que esta excepción se debe delimitar con claridad, rigor y protección a la salud laboral, como explica en su blog ROJO TORRECILLA<sup>252</sup>. La importancia de la resolución radica en

---

<sup>247</sup> Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Diario Oficial n° L 183 de 29/06/1989 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31989L0391> (consultado noviembre de 2021).

<sup>248</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995)

<sup>249</sup> MONEREO ATIENZA, C.; MONEREO PÉREZ, J.L. El sistema universal de los derechos humanos. op. cit, p. 553

<sup>250</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N. “La Directiva marco 89/391/CE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales” op.cit pág. 879 y 885.

<sup>251</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 30 de abril de 2020. Asunto C-211/119 Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=687646A4F0B5F9FF34CB0D81DB2CF02B?text=&docid=225998&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5713060> (consulta diciembre 2021).

<sup>252</sup> ROJO TORRECILLA, E. “Las muchas y claras restricciones a la no aplicación de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo a las fuerzas de policía. Notas a la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto c-211/19)” de 1 de mayo de 2020 *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/05/las-muchas-y-claras-restricciones-la-no.html>

resaltar las restricciones que el TJUE establece para la no aplicación de la normativa sobre SST en relación con la Directiva Marco, art. 2. En el caso enjuiciado para las fuerzas de policía y en relación con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003<sup>253</sup>.

Aunque sea de aplicación la excepción comentada *“incluso en este caso, las autoridades competentes, deben garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en la medida de lo posible”* También se excluye el servicio del hogar familiar y los autónomos. Se pone en tela de juicio la desprotección de un colectivo tan vulnerable como las y los trabajadores del hogar familiar.

La SST representa un derecho del trabajador que forma parte de su propia relación contractual. En consecuencia, el empresario es quien debe garantizar todas las medidas para proteger la salud física y mental de aquel. Una obligación hacía el trabajador y hacía el propio Estado, deber jurídico-público.

Al hilo del artículo 2 de la Directiva Marco se trae a colación la STS de 17 de febrero de 2022<sup>254</sup>. En la sentencia el debate se centraba en si las guardias de presencia física en el centro de trabajo de los trabajadores dedicados al transporte sanitario se computarían o no como tiempo efectivo de trabajo a efectos de la jornada anual. El artículo 2 citado indica: *“1. La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividades públicas o privadas. 2. La presente Directiva no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, fuerzas armadas o la policía o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil...”* Se trataba de un recurso ordinario interpuesto en nombre de la Asociación Regional de Empresarios de Ambulancias de Castilla y León (ALECA), en base a las actuaciones seguidas por conflicto colectivo a instancia del sindicato de Confederación General del

---

(consulta diciembre 2021).

<sup>253</sup> Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0088> (Consulta marzo 2021).

<sup>254</sup>TS. Sala de lo Social de 17 de febrero de 2022. Resolución 159/2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c4945e1e0eed5708/20220307>

Trabajo (CGT) contra ALECA y demás sindicatos mencionados en la sentencia objeto de estudio.

CGT demandaba que se declarase el carácter de horas extraordinarias para las que superasen la jornada anual de 1800 horas declaradas en Convenio Colectivo. La medida estaba dirigida para las y los trabajadores del sector que ejerciesen como actividad el Servicio de Emergencias en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas debiendo computarse como tiempo efectivo de trabajo las 24 horas de presencia en el centro de trabajo para que computasen para la jornada anual. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó la demanda interpuesta y declaró el carácter de horas extraordinarias solicitado.

El TJUE de 5 de octubre de 2004<sup>255</sup> ya había argumentado como pone de manifiesto la STS de 17 de febrero de 2022, que del objeto de la Directiva 89/391, promoción de la mejora y salud de los trabajadores en el trabajo, como de su artículo 2 se deduce el ámbito de aplicación amplio de la Directiva y las restricciones han de ser de forma restrictiva. En otras palabras, las excepciones a la aplicación de la Directiva 89/391/CE se adoptaron para garantizar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud, del orden público en caso de circunstancias de gravedad y amplitud excepcionales.

La STS de 17 de febrero de 2022 concluye que la aplicación de los artículos 1.3, 17 y 18 de la Directiva 2003/88/CE obliga a prescribir que los trabajadores que transportan enfermos en ambulancias no están excluidos de los preceptos de la duración máxima del trabajo semanal. El principio de interpretación conforme a derecho interno con el derecho de la Unión Europea obligaba a rectificar la doctrina del TS de 21 de abril de 2016<sup>256</sup>: la actividad de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia no está incluida en el RD 1561/1995.<sup>257</sup> La sentencia desestima el recurso de casación ordinario

---

<sup>255</sup> STSJ de 5 de octubre de 2004. Gran Sala. Asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01

<sup>256</sup> STS de 21 de abril de 2016 (Rec. 90/2015) Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fa50c90bc65c7bd9/20160606>

<sup>257</sup> STS de 17 de febrero de 2022 (Resol. 159/2022) Fdto. Jurídico 5.: “La aplicación del tenor literal de los art. 1.3, 17 y 18 de la Directiva 2003/88/CE, interpretados a la luz de la citada doctrina del TJUE obliga a concluir que los trabajadores que transportan enfermos en ambulancias no están excluidos de los preceptos de aquella Directiva que establecen límites a la duración máxima del trabajo semanal.” Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c4945e1e0eed5708/20220307>

interpuesto por la representación de la Asociación Regional de Empresarios de Ambulancias de Castilla y León. Por tanto, se declara como en suplicación el carácter de horas extraordinarias las que superasen la jornada anual de 1800 horas declaradas en Convenio Colectivo.

En los análisis de los preceptos de la Directiva Marco se puede ver que es el artículo 3 el que ofrece las definiciones de trabajador, representante de los trabajadores con función específica en materia de protección de la seguridad y salud y prevención. Prevención según la Directiva será: *“el conjunto de disposiciones o de medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresa, con el fin de evitar o disminuir los riesgos profesionales”* Se podría apreciar confusión en las palabras “actividad de la empresa”, se ha de entender que quisiese decir en toda la relación laboral del trabajador o trabajadora en la empresa.

El artículo 5.1 subraya el deber general del empresario de garantizar la seguridad y salud de las y los trabajadores en todos los aspectos de la relación laboral. Se concreta en el artículo 6.1 en la obligación de adoptar las medidas necesarias para la protección de la SST. De esta forma se incluirían las actividades de prevención de riesgos profesionales, de información y de formación.

El artículo 6 al relacionar los principios generales de prevención se debe subrayar el de evitar los riesgos, (habría que entender cualquier riesgo físico o mental) evaluar los riesgos que no se pueden evitar y combatir los riesgos en su origen. Se elogia el principio de adaptar el trabajo a la persona. Y en este sentido también planificar la prevención que pueda integrar la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales de trabajo.

Se debe destacar el punto 3 del art. 6 dónde se establece la obligación del empresario evaluar los riesgos para la seguridad y salud. Y en consonancia con este trabajo de investigación también resaltar el punto c) del art. 3 al manifestar que la introducción de nuevas tecnologías sea objeto de consultas con los trabajadores para evaluar las consecuencias de la seguridad y salud, en relación con los equipos, las condiciones de trabajo y los factores medioambientales.

También se destaca el art. 9 c) al indicar que se elaborará una lista de los accidentes de trabajo que causen al trabajador o trabajadora una incapacidad laboral superior a tres días. De suma importancia es la formación de las y los y trabajadoras de conocer los riesgos del puesto de trabajo y las medidas adoptadas. Sin perjuicio como señala el art. 11 de la consulta y participación de los trabajadores. Por otro lado, los trabajadores también deben ser responsables de su seguridad y salud y las de sus compañeras y compañeros.

El art. 14 de la Directiva Marco indica que si lo desea cada trabajador se pueda someter a una vigilancia de la salud periódica. Sería de agradecer que esta vigilancia de la salud se realizase no sólo de afecciones físicas si no mentales y vigilando sesgos de género. Por último, hay que indicar que el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de prevención de riesgos en la empresa.

Como señala MONEREO la Directiva opta por servicios de prevención propios y subsidiariamente si las competencias de la empresa son insuficientes se recurrirá a personal ajeno a la empresa.<sup>258</sup> La cuestión se podría plantear si ese personal ajeno que contrata el empresario, quien decide la prórroga y rescisión de su contrato de servicios, gozará de la suficiente objetividad para realizar la vigilancia de la prevención y evaluación de riesgos. Así pues,<sup>259</sup> el modelo de prevención tiende a una re-mercantilización de los servicios de prevención y a que se tienda a la prevención como carga burocrática.

#### **1.4. La Directiva 2003/88/CE y la seguridad y la salud en el trabajo**

En base a lo prescrito en el art. 137.1 a) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, (hoy 153.1 a) del TFUE) los Estados Miembros adoptaron la Directiva 2003/88/CE relativo a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, en concreto disposiciones mínimas de seguridad y salud (en adelante “la Directiva”). Valga

---

<sup>258</sup> MONEREO PÉREZ, JL, MONERO VIDA, MN “La Directiva Marco 89/391 como eje del Derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales”. AA. VV *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*. coord. por Ignacio García-Perrote Escartín, Adriano Gómez García-Bernal, Antonio Vicente Sempere Navarro; María Emilia Casas Baamonde (dir.), Román Gil Alburquerque (Dir.). Francis Lefefvre, 2018 Madrid, pág. 861.

<sup>259</sup> Idem

recordar que la Directiva 2003/88/CE refundió las Directivas 93/104/CE<sup>260</sup>, norma que introdujo la Comisión Europea en 1993, y la Directiva 2000/34/CE que incluía sectores y actividades excluidos de la directiva anterior.

Siguiendo así a la Comisión Europea en su Informe sobre la aplicación por los Estados Miembros de la Directiva 2003/88/CE elaborado en 2017, sin perjuicio de que actualmente ha sido ampliado y revisado por un nuevo Informe: el TJUE prescribe que tanto el tiempo de trabajo máximo, las vacaciones anuales retribuidas y el tiempo mínimo de descanso: “*constituyen normas del derecho social comunitario de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador*”.<sup>261</sup> Así se pone de manifiesto en la STSJ de 6 de abril de 2006<sup>262</sup>. En el sumario de la sentencia ya se señala que el derecho de cada trabajador a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas debe considerarse un principio de derecho social comunitario *de especial importancia*, del cual no se deberían establecer excepciones. De esta forma prescribe que el derecho a vacaciones anuales retribuidas sólo sería de recibo su compensación económica en caso de extinción de la relación laboral.

La petición de decisión prejudicial por la que se dicta la STJUE de 6 de abril de 2006 versaba sobre la interpretación del artículo 7.2 de la Directiva 93/104/CE, en su versión modificada por la Directiva 2000/34/CE (actualmente derogada). El debate se planteaba sobre la posibilidad de renunciar a las vacaciones anuales mínimas a cambio de una compensación económica. La armonización comunitaria requiere garantizar una mejor protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, por ende, se exigen períodos mínimos de descanso y vacaciones anuales retribuidas y períodos de pausa adecuados.

---

<sup>260</sup> Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. (en vigor hasta el 1 de agosto de 2004). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0104>

<sup>261</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre la aplicación por los Estados Miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo de 26 de abril de 2017 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0254> (consulta diciembre 2021).

<sup>262</sup> STJUE de 6 de abril de 2006. Asunto C-124/05 Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te 's-Gravenhage). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62005CJ0124>



El párrafo 28 de la sentencia vuelve a incidir en que las vacaciones anuales retribuidas se ha de considerar un principio de derecho social comunitario, sobre el cual no se pueden establecer excepciones. Sólo el caso de que se concluya la relación laboral se permite que el derecho a las vacaciones anuales retribuidas sea sustituido por una compensación económica. Valga señalar que el efecto positivo de las vacaciones para la seguridad y salud no pierde interés si se disfruta en años posteriores al año previsto.

Además, el Informe de la Comisión expresaba que hay Estados Miembros que excluyen a determinados colectivos al transponer la Directiva. Exclusiones que no comulgan con los objetivos de la Directiva y merma la SST de estos. Se puede mencionar como uno de los que se excluyen el colectivo de los y las trabajadoras domésticas, lo que no deja de ser preocupante.

La regulación del tiempo de trabajo y los descansos deviene pieza fundamental en las medidas de SST. En esta línea la Directiva Marco estudiada en el anterior apartado se complementa con la Directiva 2003/88, añadiendo en ésta una regulación más específica y concreta en determinados aspectos.

Se destaca en el art. 2 de la Directiva las definiciones de tiempo de trabajo y descanso adecuado por su importancia para la salud y para la SST. En base a lo señalado en la definición de tiempo de trabajo, éste se materializa en el período durante el cual el trabajador o trabajadora está a disposición del empresario en el ejercicio de su actividad. En el contexto del teletrabajo como se ha demostrado en la pandemia COVID-19, acaece un riesgo: el de estar siempre a disposición del empresario o empresaria.

La definición de descanso adecuado se enmarca en el objetivo de evitar el cansancio y ritmos de trabajo irregulares. Lo que en consecuencia podría llevar a un perjuicio en la salud tanto de las y los trabajadores, como de compañeros o de terceros. Se prescribe la necesidad de descansar en períodos mínimos de descanso de 11 horas cada 24 horas, y 35 horas de descanso semanal ininterrumpido, con excepciones propias de determinadas actividades. Si bien es cierto que no se señala los casos de pluriempleo o pluriactividad, dónde este límite se podría diluir.

Por su parte también se indica que la duración media del trabajo no exceda de 48 horas, incluidas horas extraordinarias, por cada período de 7 días. De nuevo se observa que, en caso de pluriempleo o pluriactividad se podría superar esa duración media de trabajo semanal. El pluriempleo o la pluriactividad no siempre es voluntaria si no a veces necesaria para poder hacer frente a los gastos necesarios para cubrir necesidades básicas.

Así pues, la Directiva no ha esclarecido las actividades de pluriempleo o pluriactividad. Como señala el Informe de la Comisión de 2017<sup>263</sup> el TJUE aún no se ha pronunciado. Y siguiendo a la Comisión para una mejor aplicación de las medidas de SST los límites de tiempo de trabajo o descanso se deberían aplicar por trabajador y no por contrato. A pesar de esta prescripción países como España, señala la Comisión aplican los límites por contrato<sup>264</sup>.

Profundizando en el concepto de tiempo de trabajo, expresa la Comisión que la mayoría de Estados Miembros no han definido en sus disposiciones jurídicas el tiempo de “atención continuada”: *“períodos en los que se exige al trabajador que permanezca en el lugar de trabajo o en otro lugar libremente elegido por el empleador, listo para ejercer sus funciones si así lo necesita”*, el TJUE indica la Comisión que sus pronunciamientos se inclinan por considerarlo tiempo de trabajo en su totalidad, tanto el considerado activo como inactivo.

También la Directiva se refiere al período de vacaciones de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas. Evitando que sean sustituidas por compensación económica y así menoscabar el derecho al descanso se prohíbe expresamente dicha compensación, salvando el caso de finalización de la relación laboral. El TJUE se ha pronunciado que las y los trabajadores, aunque estén de baja por enfermedad (se entiende incluido maternidad o paternidad) siguen devengando derecho a vacaciones.

---

<sup>263</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre la aplicación por los Estados Miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo de 26 de abril de 2017 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0254> (consulta diciembre 2021).

<sup>264</sup> En este punto se debe matizar que el art. 34.3 del Estatuto de los Trabajadores excepciona a los menores de edad: *“Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho diarias de trabajo efectivo, incluyendo en su caso, el tiempo dedicado a la formación, y si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos”*.

Los Estados Miembros, señala el TJUE<sup>265</sup> podrían limitar la posibilidad de aplazar las vacaciones anuales en casos que por imposibilidad justificada no se disfruten, aunque como bien transcribe el apartado 38 de la sentencia vista ut supra y subraya también el Informe de la Comisión<sup>266</sup>: *“todo período de aplazamiento debe ser de duración sustancialmente mayor que la del período de devengo con el que guarda relación”*.

Se atiende especialmente a las y los trabajadores nocturnos y por turnos. Así pues, se exhorta a los Estados Miembros a que los trabajadores nocturnos puedan disfrutar de una evaluación gratuita de su salud antes, durante y después del trabajo. Y además puedan ser trasladados a un trabajo diurno si el puesto de trabajo nocturno resulta incompatible para la salud.

Merece atención la indicación de que cuando se prevea organizar el trabajo con arreglo a cierto ritmo se adecue el trabajo a la persona y no al revés. De esta forma se toman medidas para atenuar el trabajo monótono y repetitivo para prevenir la SST. No obstante, los Estados Miembros pueden exceptuar lo dispuesto en la Directiva para puestos de trabajo que la jornada de trabajo no tenga una duración medida previamente o en el caso de jornada flexible. Además, la Directiva relaciona las actividades dónde lo dispuesto por su articulado puede ser exceptuado siempre con el respeto a la SST.

Por su parte el art. 22 de la Directiva permite que los Estados Miembros opten por no aplicar el límite máximo del tiempo de trabajo semanal. La condición sine qua non es que el trabajador haya dado su consentimiento explícito, libre e informado. Sí que se deben conservar registros de aquellos trabajadores que superen el límite máximo. No obstante, no deja de ser una medida a vigilar para poder proteger la SST.

El único límite a la prescripción del art. 22 es que la Directiva no permite excepciones en los descansos diarios y semanales sin descansos compensatorios. Según el Informe de la Comisión de 2017<sup>267</sup>, como también el Informe actualizado a marzo 2023, España

---

<sup>265</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2011 (gran Sala) KHS AG/Winfried Schulte, C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 apartados 38 a 40; Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-214/10> (consulta diciembre 2021).

<sup>266</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre la aplicación por los Estados Miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo de 26 de abril de 2017 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0254> (consulta diciembre 2021).

<sup>267</sup> Idem.

es uno de los países que limita el uso de la exclusión voluntaria a aquellos trabajos que utilicen mayormente la atención continuada ya sean los servicios sanitarios o emergencias.

La Confederación europea de Sindicatos (en adelante CES), según explican los Informes de la Comisión, señalan que la Directiva no logra su objetivo de proteger la SST permitiendo la exclusión voluntaria. Señala también el informe que uno de los problemas más comunes en la transposición de la Directiva ha sido el descanso compensatorio cuando se acortan o pospongan los períodos mínimos de descanso.

Se trae a colación la reciente STS de 22 de noviembre de 2022<sup>268</sup>. En la misma la parte demandante prestaba servicios para la demandada ostentando la categoría de conductora de ambulancias. Trabajaba en régimen de turnos de 24 horas diarias y descanso de 48 horas. Durante el turno que le tocaba estaba en la base a disposición de la empresa. La sentencia atiende a la doctrina sentada por la STS de 17 de febrero de 2022<sup>269</sup> y la de STS 26 de septiembre de 2022.<sup>270</sup>

El artículo 2.1 de la Directiva 2003/88/CE considera tiempo de trabajo siguiendo tres requisitos: permanencia en el lugar de trabajo, disponibilidad frente al poder de dirección del empleador y ejercicio de las funciones laborales. La STS se hace eco de la doctrina que entiende que las guardias de los empleados de empresas de ambulancia, en régimen de 24 horas/día y descanso de 72 horas, al requerir la presencia física de la persona trabajadora en el centro de trabajo y estar a disposición del empresario, tienen la condición de tiempo de trabajo efectivo a efectos de la jornada anual y el exceso se abonaría como hora extraordinaria.

---

<sup>268</sup> STS 4512/2022 de 22 de noviembre de 2022 Núm. De resolución 929/2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/73a645c82a68dd6da0a8778d75e36f0d/20221228>

<sup>269</sup> STS de 17 de febrero de 2022 rec. 123/2020 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c4945e1e0eed5708/20220307>

<sup>270</sup> STS 26 de septiembre de 2022 Resolución 763/2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84878b64085f7d05a0a8778d75e36f0d/20221007>

Se puede inferir también del principio de prevalencia de un acto aclarado del TJUE, sentado en las Sentencias de 3 de octubre de 2000 (asunto SIMAP)<sup>271</sup>, 9 de septiembre de 2003 (asunto Jaäger)<sup>272</sup>, 1 de diciembre de 2005 (asunto Dellas).<sup>273</sup> En estas sentencias se determina que los servicios de guardia que realiza la persona trabajadora en régimen de presencia física en el centro laboral deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad u horas extraordinarias, con independencia de las prestaciones laborales efectuadas. Se confirmó por el TS el pronunciamiento que sobre horas extraordinarias se había efectuado por el Juzgado de lo Social número 1 de Guadalajara en sentencia de 12 de marzo de 2020. (autos 440/2019)<sup>274</sup>

Es de menester poner de relieve la STJUE de 15 de julio de 2021<sup>275</sup>. En esta sentencia el TJUE indica con detallada precisión los casos en los que la Directiva 2003/88/CE no se aplica a las actividades que ejercen las y los profesionales militares. En efecto, la seguridad nacional es exclusiva de cada Estado Miembro, la UE debe respetar las funciones esenciales de cada Estado para mantener su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. (art.4.2 del TUE)<sup>276</sup>.

Lo que no es óbice, según lo indicado anteriormente, para que se excluya del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa europea siempre y en todo caso a las personas militares, sobre todo normas armonizadoras en relación con la ordenación del tiempo de

---

<sup>271</sup> STJUE de 3 de octubre de 2000 (asunto SIMAP) Sindicato de Médicos de Asistencia Pública contra Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana. Asunto C-303/98 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:61998CJ0303>

<sup>272</sup> STJUE 9 de septiembre de 2003 (asunto Jaäger) C-151/02 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62002CJ0151>

<sup>273</sup>STJUE de 1 de diciembre de 2005 (asunto Dellas) Asunto C-14/04 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62004CJ0014>

<sup>274</sup> En el Fallo de la Sentencia se casó y anulo en parte la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla la Mancha de 9 de abril de 2021 y resolvió el recurso de suplicación formulado por Servicios Sociosanitarios Generales S: L se desestima en parte y se confirma el pronunciamiento sobre horas extraordinarias.

<sup>275</sup> STSJ de 15 de julio de 2021. Gran Sala (Asunto C-742/29) Petición de decisión prejudicial planteada por el el Vrhovno sodisce Republike Slovenije. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62019CJ0742>

<sup>276</sup> TUE: art. 4.2 “*La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado Miembro*”.

trabajo (en el caso enjuiciado en virtud del artículo 153.2 TFUE la ordenación del tiempo de trabajo es una materia armonizada por la Directiva 2003/88). Sea como fuere el artículo 31.2 de la CDFUE consagra la limitación de la duración máxima de trabajo y los períodos de descanso diario y semanal, por lo que no cabría una interpretación restrictiva de estos derechos.<sup>277</sup>

El TJUE en el apartado 49 (primera cuestión prejudicial) de la sentencia se refiere al ámbito subjetivo de la Directiva, en el concepto de persona trabajadora, “trabajador” (se debe entender también incluido trabajadoras). Ésta se define como la persona que realiza en favor de otra y bajo la dirección de ésta determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibiría una retribución. En el caso enjuiciado desde febrero de 2014 hasta julio de 2015 el suboficial del ejército esloveno prestó un *servicio de imaginaria*<sup>278</sup> ininterrumpido de siete días al mes. En estos servicios el suboficial realizaba períodos de vigilancia efectiva y otros periodos en los que no debía estar a disposición de sus superiores, sin perjuicio de estar localizable y permanentemente en el cuartel al que estaba destinado. En consecuencia, la Directiva estaría destinada a aplicarse a dicha situación.

En los hechos enjuiciados el Ministerio de Defensa abonó a la persona trabajadora por cada día de servicio de imaginaria: el salario efectivo por las ocho horas que representaban tiempo de trabajo y por las demás se le remuneró en base a un complemento por guardia localizada del 20% del salario base. El no ser abonadas todas las horas como tiempo de trabajo efectivo fue objeto de interposición de recurso judicial por el suboficial, que se desestimó en primera instancia y en apelación.

Después de todo, el Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo, Eslovenia), al conocer del recurso de revisión preguntó al TJUE en relación con: la aplicabilidad de la actividad de imaginaria en el ámbito de aplicación de la Directiva estudiada en este apartado y si el período de guardia que el militar permanece en el cuartel sin realizar actividad laboral

---

<sup>277</sup> CDFUE art. 31.2 “*Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diario y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas*” Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016P%2FTXT>

<sup>278</sup> Se reproduce la definición de imaginaria para mayor entendimiento del texto: “Una *imaginaria es un servicio de guardia de orden, desempeñado por un militar con la función de sustituir durante la noche al militar que realiza la también guardia de orden de cuartelero*”. <https://es.wikipedia.org/wiki/Imaginaria>

efectiva se consideraría tiempo de trabajo. En relación con la primera cuestión y como se apuntaba en párrafos anteriores, el artículo 2 de la Directiva 89/391, definido por remisión de la Directiva 2003/88 (art.1.3), no pretende que los miembros de las fuerzas armadas de los Estados Miembros queden fuera siempre y en todo caso del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88.

Así pues, la exclusión (*particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, en particular fuerzas armadas*<sup>279</sup>) sólo se refiere a determinadas categorías de actividades de dichos sectores, debido a su naturaleza específica. De este modo actividades relacionadas con servicios de administración, mantenimiento, reparación, sanidad, mantenimiento del orden o enjuiciamiento de infracciones no son objeto de las particularidades que tengan razón de exclusión de la Directiva. Sí que se deberían excluir del ámbito de aplicación de la Directiva cuando sean ejercidas en el marco de una operación militar o durante su preparación inmediata.

Por añadidura, sí que prescribe que la Directiva no se aplicará a actividades de las personas trabajadora militares, particularmente a sus actividades de imaginaria en los casos de: En primer lugar, actividades de imaginaria, si se realizan en el marco de una formación inicial, de un entrenamiento operativo o en el marco de operaciones que presuponen una intervención militar de las fuerzas armadas, tanto si se despliegan dentro de las fronteras del Estado miembro como fuera de ellas. En segundo lugar, tampoco se aplicará a actividades militares que son tan específicas que no se prestan a un sistema de rotación de efectivos que pueda permitir lo que se prescribe en la Directiva.

Siguiendo lo preceptuado en el anterior párrafo, en tercer lugar, también se excluirán las actividades militares que se desarrollen en acontecimientos excepcionales. En estos casos la gravedad y amplitud requieren la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, la salud y la seguridad de la colectividad, de otra forma sino su correcto cumplimiento se vería en peligro. O en los mismos términos cuando la aplicación de la Directiva a esa determinada actividad llevaría al detrimento de las

---

<sup>279</sup> Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. artículo 2.1. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31989L0391>

operaciones militares. Es el *Vrhovno sodišče* el que deber determinar si la actividad de imaginaria realizada por la persona trabajadora se encuentra en alguno de estos supuestos para determinar o no su exclusión.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, referida a si el período de guardia que el militar permanece en el cuartel sin realizar actividad laboral efectiva se consideraría tiempo de trabajo, en el supuesto que la Directiva se aplicase al caso de autos el TJUE también da su respuesta. Ésta se encamina en considerar que un período de guardia impuesto a un militar que suponga su presencia continuada en el lugar de trabajo se consideraría tiempo de trabajo si éste no coincide con su domicilio.

En efecto, la persona trabajadora debe permanecer alejada de lo que es su entorno social y familiar, y además sin posibilidad de administrar su tiempo. Si bien, la forma de retribución de las personas trabajadoras por los períodos de guardia que se efectúan no entraría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88 (se regularía por el Derecho nacional correspondiente, a diferencia de lo que ocurre excepcionalmente con las vacaciones anuales, art. 7.1) De este modo, no se infiere una vulneración de la Directiva si se remunera de forma diferente los períodos de guardia durante los cuales los militares permanecen en el cuartel sin realizar prestación laboral efectiva, a las guardias en los cuárteles realizando trabajo efectivo.

Siguiendo la línea argumental de la anterior sentencia comentada procede referirse a la dictada meses antes: la STSJ de 9 de marzo de 2021 (C-344/19)<sup>280</sup>. En está el fallo del Tribunal se enmarca en la interpretación del artículo 2.1 de la Directiva 2033/88/CE. En este sentido se tienen en cuenta las siguientes características de un determinado período de guardia: régimen de disponibilidad no presencial, localizable la persona trabajadora sólo por vía telefónica, en el caso de necesidad se podría presentar al lugar de trabajo en una hora y pudiendo residir en un alojamiento de servicio puesto a disposición por el empresario o empresaria sin obligación de permanecer en él mismo.

En base a las características señaladas en el párrafo anterior se prescribe por el TJUE cuando será tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva mencionada. En efecto será

---

<sup>280</sup> STJUE de 9 de marzo de 2021. Procedimiento prejudicial. Asunto C-344/19 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=ecli%3AECLI%3AEU%3AC%3A2021%3A182>



tiempo de trabajo cuando de la apreciación global de aquellas tenga como consecuencia que las limitaciones impuestas a la persona trabajadora son de tal naturaleza que *afectan objetivamente y de manera considerable* a su capacidad para administrar libremente su tiempo para dedicarlo a sus intereses.

La petición de decisión prejudicial se presenta en el contexto de una reclamación de salarios por los servicios prestados en servicios de guardia en régimen de disponibilidad no presencial. Precisa la resolución que deben entenderse los servicios de guardia en régimen de disponibilidad no presencial aquellos en los que la persona trabajadora no está obligada a permanecer en su lugar de trabajo. El litigio se concreta en la petición del trabajador en qué este servicio se compute como de trabajo efectivo. El demandante trabajó desde el 1 de agosto de 2008 y el 31 de enero de 2015 como especialista en los centros de transmisión de Pohorje (Eslovenia) y, posteriormente, Kravec (Eslovenia). Debido a la naturaleza del trabajo, la distancia entre los centros de transmisión y su domicilio y las dificultades de acceso era necesario residir cerca de los lugares de trabajo. Por tal motivo desde la parte empresarial se había acondicionado en la misma instalación de transmisión, la residencia del trabajador y de otro compañero suyo.

Así pues, el trabajador en su recurso alegaba que vivía en el mismo lugar dónde desarrollaba su actividad laboral, por lo que estaba en el mismo veinticuatro horas al día en régimen de disponibilidad no presencial. El órgano judicial que formula la petición de decisión prejudicial manifiesta que el asunto que presenta no se ha debatido con anterioridad en el TJUE. Es relevante cuando pone de relieve que en la sentencia Simap de 3 de octubre de 2000 (asunto C-303/98) la presencia física en los períodos de guardia no presencial no era obligatoria ni necesaria. En el supuesto del asunto Jaeger, de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02) el motivo por el que se limitaba la administración del tiempo se debía a la propia naturaleza del trabajo, no al hecho de estar localizable. Es loable el seguimiento argumentativo de las sentencias dictadas por el TJUE.

En efecto, también el órgano remitente y valga señalar también en este trabajo de investigación por su importancia pone de relieve la sentencia de 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (C-266/14) dónde los desplazamientos para acudir a los locales de clientes no son similares a los

períodos de guardia en régimen de disponibilidad no presencial. También trae a colación en lo que deviene un repaso-estudio de sentencias dictadas por el TJUE la sentencia de 21 de febrero de 2018, Matzak (C-518/15). En este caso la persona trabajadora no debía permanecer físicamente en un lugar determinado en los períodos de guardia por la parte empresarial y con un margen mayor que en el caso enjuiciado para acudir al lugar de trabajo.

Así las cosas, el TJUE recuerda que las disposiciones de la Directiva 2003/88 sobre duración máxima del trabajo y tiempo mínimo de descanso constituyen normas de Derecho Social de la UE y afectan a todas las personas trabajadoras, que no quedan subordinadas por cuestiones económicas. Además, su interpretación se ha de ver desde la perspectiva a la protección al derecho fundamental consagrado en el artículo 31.2 de la CDFUE<sup>281</sup>. En base a que en la Directiva se define el período de descanso como el período que no sea tiempo de trabajo, los conceptos descanso y tiempo de trabajo se excluyen mutuamente, no hay una figura intermedia.<sup>282</sup>

Subraya la sentencia que a pesar de que el artículo 2 de la Directiva 2003/88 indica “*legislaciones y prácticas nacionales*” no podrían los Estados miembros definir unilateralmente el alcance de tiempo de trabajo y período de descanso sometiendo a restricciones el Derecho. Así pues, para que se considere “tiempo de trabajo” los períodos de guardia en el sentido de la Directiva se deben discernir dos supuestos. En primer lugar, la persona trabajadora debería estar obligada a hallarse físicamente dónde la parte empresarial señalase y a prestar sus servicios de inmediato cuando así se le fuese indicado. El TJUE ha declarado que la persona trabajadora que deba permanecer de guardia en su lugar de trabajo a disposición inmediata de la parte empresarial, alejada de su entorno social y familiar y con poca libertad para administrar su tiempo cuando no realiza trabajo efectivo se considera tiempo de trabajo.

---

<sup>281</sup> CDFUE: artículo 31.2 “*Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas*”

<sup>282</sup> Art. 2 de la Directiva. *Tiempo de trabajo: Todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. Período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo.*

En segundo lugar, puede ser que la persona trabajadora no esté obligada a permanecer en su lugar de trabajo, un régimen de guardia en régimen de disponibilidad no presencial. En este caso se considera tiempo de trabajo por el hecho de la incidencia considerable y objetiva de las limitaciones impuestas a la persona trabajadora por lo que se refiere al disfrute de sus intereses personales y profesionales. Así pues, no se considerará tiempo de trabajo cuando la persona trabajadora estando de guardia en régimen de disponibilidad no presencial sólo debería estar a disposición de la parte empresarial a los solos efectos de ser localizada, sin perjuicio de que sí es período de trabajo cuando realice efectivamente prestación de servicios.

Al respecto de las limitaciones impuestas a la persona trabajadora se tendrá en cuenta el plazo de que dispone la persona trabajadora para reanudar sus actividades profesionales desde que se le requiera su prestación laboral. En efecto, también correspondería verificar para determinar el concepto de limitación la frecuencia media de las intervenciones que el trabajador debe realizar durante ese servicio. No se enmarcarían como limitaciones el hecho de que libremente la persona trabajadora decida residir a una distancia considerable del centro de trabajo o cuando el lugar de trabajo se confunde con el domicilio de la persona trabajadora (continúa en su entorno familiar y social).

Sea como fuere los órganos jurisdiccionales nacionales deben deberán verificar en última instancia si es “tiempo de trabajo”. El punto neurálgico reside que las limitaciones impuestas a las personas trabajadoras representen una limitación en la capacidad para administrar su tiempo personal. Se deberían tener en cuenta las facilidades que se le den en el período de guardia. Se recuerda en la resolución estudiada, como en otras resoluciones que ha dictado, que la Directiva 2003/88 no tiene como ámbito de aplicación la retribución de los servicios de guardia, los cuales quedan regidos exclusivamente por el Derecho nacional de cada Estado Miembro, a diferencia del caso particular de las vacaciones retribuidas.

Es realmente importante destacar lo que se prescribe en los apartados 63 y 64 de la resolución analizada. En este sentido como subraya la Comisión Europea, los períodos de guardia que no constituyan tiempo de trabajo, no dejan de representar obligaciones profesionales a la persona trabajadora. En consecuencia, se debe vigilar la carga psicológica que pudiese representar, riesgo psicosocial. En fin, en base a lo aplicado y

en concreto en relación al caso que se solicitaba petición de decisión prejudicial se considerará tiempo de trabajo cuando de una apreciación global de todas las circunstancias del caso se desprenda que las limitaciones impuestas durante el período de guardia afectan *objetivamente y de manera considerable* (apartado 66), para administrar libremente su tiempo a intereses personales. No se tiene en consideración que el lugar en cuestión no sea propicio para el ocio.

Reciente STJUE de 2 de marzo de 2023 (MAV-START) <sup>283</sup> pone su foco en los períodos de descanso diario y descanso semanal en línea con la STJUE de 14 de mayo de 2019.<sup>284</sup> Se trataría de una cuestión prejudicial en relación con una reclamación de cantidad por descansos diarios no disfrutados. La normativa aplicable (el convenio colectivo correspondiente (era más favorable que los mínimos que se establecen en la Directiva 2003/88. A saber, el descanso diario era de doce horas que superaban el mínimo de once horas que determina en su artículo 3 la Directiva.

No obstante, tanto la regulación del tiempo de trabajo como de los descansos se realizaba en un período de cómputo mensual dónde se recogían los tiempos de descanso diario, pero no se disfrutaba en ocasiones al comienzo o al final de la jornada de un período de descanso semanal o de vacaciones. La empresa concedía un período de descanso diario siempre que estuviese previsto un período de trabajo en las veinticuatro horas siguientes.

Según el órgano jurisdiccional remitente la versión húngara de la Directiva define en su artículo 5 el descanso semanal en el sentido de cada persona trabajadora ha de disfrutar durante un período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de veinticuatro horas y además de once diarias de descanso diario. El órgano remitente planteaba la cuestión de si se debían sumar las veinticuatro horas con las once horas para que el descanso semanal fuese de treinta y cinco horas

---

<sup>283</sup> TJUE. Sentencia del TJUE de 2 de marzo de 2023. Procedimiento prejudicial. Asunto C-477/21. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=270828&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=629394>

<sup>284</sup> STJUE de 14 de mayo de 2019. (Asunto C-55/18) Procedimiento prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216537&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=633800>

El litigio se centraba en si a pesar de que la empresa tuviese ese régimen más beneficioso que en la Directiva, podría existir una contradicción con la misma en relación con el período de descanso diario. La empresa defendía de que no habría descanso diario por no haber habido un trabajo previo. Resulta necesario la importancia que la resolución expresa sobre el artículo 31.2 de la CDFUE<sup>285</sup>. El supuesto de hecho que se dirimía en el Tribunal que solicita la petición de decisión prejudicial es el siguiente: la persona trabajadora ejercía su prestación laboral como maquinista en el centro de operaciones de MÁV-START situado en Miskolc (Hungría). En base a su convenio colectivo de aplicación, entre dos períodos de trabajo, había un tiempo de descanso diario en el domicilio de doce horas y se añadía un tiempo estándar de desplazamiento de dos veces treinta minutos. Una vez por semana disfrutaba de un descanso semanal de 48 horas consecutivas. Si en una semana no se podía disfrutar descanso gozaba de un descanso ininterrumpido de al menos 42 horas. Así pues, se le concedía un período semanal medio de 48 horas según cuadro de planificación mensual de tiempo de trabajo.

Siguiendo el supuesto de hecho y lo que representaba el punto neurálgico del litigio es el hecho de que cuando se le concedía al demandante el período de descanso semanal mencionado en el anterior párrafo o si disfrutaba de un período de descanso retribuido, la consecuencia era no poder disfrutar de descanso diario ni tiempo de desplazamiento. La empresa en su caso cómo ya se ha indicado lo justificaba expresando que el descanso diario consistía en recuperar fuerzas entre dos periodos de trabajo, sin perjuicio que en cada período de siete días se concedía un descanso semanal de duración más larga. (apartado 21)

El fallo de la STJUE es claro el derecho al descanso semanal no puede incluir el período al derecho al descanso diario. Así pues, son dos conceptos autónomos del derecho de la Unión interpretados de manera uniforme y que además persiguen objetivos distintos.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> CDFUE artículo 31.2: “Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”

<sup>286</sup> ROJO TORRECILLA, E. “Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos períodos de tiempo claramente diferenciados” BOE. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 3/2023 pág. 7 Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-L-2023-00000002370](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2023-00000002370)

Las disposiciones más favorables en relación con el descanso semanal no privarían por ser conceptos autónomos de otros derechos de obligado cumplimiento prescritos por la Directiva como el derecho al descanso diario.

La Directiva 2003/88 tiene por objeto establecer disposiciones mínimas destinadas a proteger la SST de las personas trabajadoras mediante la armonización de normas nacionales como la duración del tiempo de trabajo. En consecuencia, no se puede vaciar de contenido ni el artículo 31.2 de la CDFUE ni los artículos 3 y 5 de la Directiva, lo que se conseguiría si se incluyese el descanso diario en el descanso semanal. El derecho al descanso diario se reconoce además del derecho semanal. Por lo que al descanso semanal de al menos veinticuatro horas se le añade el descanso diario. De igual modo en base al respecto a la SST tras un período de trabajo toda persona trabajadora debe disfrutar inmediatamente de un período de descanso diario, por lo que el descanso semanal empezaría una vez hubiese finalizado éste.

Se debe hacer hincapié por su importancia a la STJUE<sup>287</sup> de 14 de mayo de 2019 que como así ha ocurrido en otras materias, los mandatos de organismo de la UE llevan a la modificación del ordenamiento jurídico español, en concreto se añade el art. 34.9 del ET<sup>288</sup>. En las conclusiones del Abogado General en dicha sentencia se cuestionaba la adecuación de la legislación española sobre tiempo de trabajo a la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003. En este sentido se indicaba por el Abogado General que la normativa europea impone “*a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los*

---

<sup>287</sup> STJUE de 14 de mayo de 2019. (Asunto C-55/18) Procedimiento prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216537&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=633800>

<sup>288</sup> ET 34.9:” *La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años*”. Se modifica por el RD Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. (BOE de 12 de marzo) artículo 10 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3481#ar-10> De manera complementaria se modifica el artículo 11 del Texto Refundido de la LISOS RD legislativo 5/2000 de 4 de agosto para tipificar como infracciones en el orden social los incumplimientos relativos al registro de jornada. El objetivo final es corregir la precariedad laboral.

*trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios, y se oponen a una normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación”*.<sup>289</sup>

Los hechos y antecedentes de la sentencia indicada en el párrafo anterior se enmarcan en el contexto de un procedimiento judicial iniciado el 26 de julio de 2017 dónde el demandante era el Sindicato español Comisiones Obreras (CCOO) y la parte demandada Deutsche Bank S.A.E. La demanda versaba sobre la obligación de establecer un sistema de registro de jornada laboral diaria de las personas trabajadoras para comprobar si se cumplía el horario y si se estaban comunicando las horas extraordinarias realizadas a lo que la mercantil alegaba que en la normativa nacional no había obligación de registro de la jornada laboral con carácter general.

El TJUE manifiesta que los artículos 3,5 y 6 de la Directiva 2003/88 obligan a que cada Estado miembro adopte un sistema dónde se permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada persona trabajadora, siendo también destinatario de este mandato el poder judicial en su jurisprudencia. Es la forma para poder determinar con fiabilidad y objetividad el número de horas que se realizan y así comprobar con mayor rigor las horas extraordinarias. En suma, es un derecho fundamental recogido en la CDFUE art. 31.2, por lo que no procedería una interpretación restrictiva. La SST es precisamente el objeto de protección de la Directiva 2003/88 y no puede ser excepcionada ni por consentimiento de la propia persona trabajadora, y los Estados miembros tienen la obligación de que su efecto sea útil. El TJUE sigue el hilo argumentativo del Abogado General ya visto anteriormente.

Como señala ROJO TORRECILLA<sup>290</sup> la resolución pone el énfasis en el registro de jornada como instrumento objetivo y necesario para el control por parte de la ITSS. En

---

<sup>289</sup>Conclusiones del del Abogado General. Sr. Giovanni Pitruzzella <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210334&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3558822> Apartado 99.1

<sup>290</sup> ROJO TORRECILLA, E. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. “La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. STJUE (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18)” Revista de Jurisprudencia Laboral número 3/2019” Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000424](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000424)

efecto, se insiste en la falta de fiabilidad de medios de prueba como las declaraciones testimoniales o presentaciones de correos electrónicos entre otros y resalta que la parte débil en la relación laboral es la persona trabajadora. De igual modo, rechaza de plano el TJUE el argumento en contra del registro horario basado en cuestiones económicas ya que la SST no debe quedar subordinado a ellas.

La STJUE critica la doctrina jurisprudencial del TS de 23 de marzo de 2017<sup>291</sup> y de 20 de abril de 2017 (las dos con las mismas argumentaciones y conclusiones)<sup>292</sup>. Sea como fuere lo que se pretende es la protección de la SST de las personas trabajadoras respetando sus horarios laborales y los descansos diarios y semanales. En base a lo que expresa ROJO TORRECILLA el TJUE viene asumiendo un rol de corrector nacional y da muestra de la primacía del derecho de la UE<sup>293</sup> siendo su garante, por lo que introduce obligaciones no previstas explícitamente en su normativa como en la sentencia estudiada *“Cabe añadir que, aun cuando tal obligación no es contemplada de forma expresa en la Directiva 2003/88, de las consideraciones expuestas resulta que es una obligación de carácter instrumental, esencial para el logro de los objetivos de la Directiva y para el ejercicio de los derechos subjetivos reconocidos en ella”* (apartado 70)<sup>294</sup>. También apunta que se podría mejorar la incorporación de la doctrina de la sentencia en la normativa nacional, en el artículo 34.9 del ET en el sentido de que el registro sea de forma objetiva y fiable y adaptarlo a cada sector, apunta que podría ser a

---

(consultada abril 2023).

<sup>291</sup> TS. Sala de lo Social Sentencia de 23 de marzo de 2017 resolución 246/2017 “De lo razonado hasta aquí se deriva que el artículo 35.5 del ET no exige la llevanza de un registro de la jornada diaria efectiva de toda la plantilla para poder comprobar el cumplimiento de los horarios pactados, cual establece la sentencia recurrida” Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/9f4dd9b5c5c277a1/20170411>

<sup>292</sup> TS. Sala de lo Social. Sentencia de 20 de abril de 2017. Resolución 338/2017 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/e83eb817f7acc210/20170512>

<sup>293</sup> LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, art. 4bis. (BOE de 2 de julio) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

<sup>294</sup> STJUE de 14 de mayo de 2019. (Asunto C-55/18) Procedimiento prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216537&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=633800> (apartado 70)



través de la reforma del RD 1561/1995, de 21 de septiembre<sup>295</sup> o bien mediante un reglamento.<sup>296</sup>

En base a lo señalado en el artículo 24 de la Directiva estudiada los Estados miembros cada cinco años deben comunicar a la Comisión el texto de las disposiciones que tengan previsto adoptar o hayan adoptado y de la aplicación efectiva de las mismas. Una vez recibida esta información la Comisión lo comunicará al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité consultivo sobre seguridad, higiene y protección de la salud en el lugar de trabajo. En suma, el artículo 24.3 prescribe la obligación desde 1996 de la Comisión de *“presentar un informe cada cinco años al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación de la presente Directiva, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 22 y 23 así como de los apartados 1 y 2 del presente artículo”* (artículo 24.3)

De fecha reciente, 15 de marzo de 2023, la Comisión presenta el “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo”<sup>297</sup> Se estructura en tres apartados: I. Introducción, II. Objetivo y disposiciones de la Directiva III. Análisis de la aplicación de la Directiva por parte de los Estados miembros. El informe anterior data de 26 de abril de 2017<sup>298</sup>, como ya sea hecho alguna referencia de él ut supra, lo que no cumple con el plazo de los cinco años indicados en la Directiva 2003/88/CE.

---

<sup>295</sup> RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (BOE 26 de septiembre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-21346>

<sup>296</sup> Ibidem

<sup>297</sup> Comisión Europea. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre la aplicación por parte de los Estados Miembros de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023DC0072> (Consulta abril 2023)

<sup>298</sup> Comisión Europea. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Informe sobre la aplicación por los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. COM (2017) 254 final. Disponible en [COM 2017 0254 FIN.SPA.xhtml.1 ES ACT part1 v2.docx \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0254) (Consulta diciembre 2021)

Para proteger la SST recuerda la Comisión que la Directiva 2003/88 establece unas disposiciones mínimas entre ellas: límites del tiempo de trabajo (cuarenta y ocho horas a la semana incluidas horas extraordinarias), las pausas de descanso diario y semanal mínimo (once horas consecutivas de descanso diario y treinta y cinco horas de descanso semanal ininterrumpido), vacaciones anuales pagadas (mínimo cuatro semanas al año) y la SST específica que se establece para las y los trabajadores nocturnos.

La información para analizar la Directiva se recaba de informes nacionales, sobre todo interlocutores sociales, informes previos de la Comisión, información de procedimientos de infracción y de las personas expertas independientes. El apartado III del Informe se divide en diferentes subapartados dónde en cada uno se describe la situación general de aplicación de la Directiva y en qué países se puede mejorar (en los pies de página del Informe se menciona a los países a qué se refiere en el texto).

Por lo que se refiere al apartado “A”. Exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva, en general se indica que en su mayor parte está transpuesta tanto en el ámbito público como privado. Hay que destacar que hay países que siguen excluyendo a las personas empleadas del hogar. Se menciona la sentencia estudiada en este trabajo de investigación (STJUE C-742/2019) dónde se señalaba que las fuerzas armadas estaban dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Indicaba que se podían excepcionar actividades cuando la aplicación de aquella pudiese perjudicar operaciones militares. España no se encuentra dentro de los Estados que aplican explícitamente la Directiva a sus fuerzas armadas. Expresa la Comisión que España es uno de los Estados que no lo hace tan explícitamente, sino hasta cierto punto.

El apartado “B” se centra en las y los trabajadores con más de un contrato laboral. Es el TJUE el que aclaró que cuando una persona trabajadora tiene varios contratos de trabajo con la misma persona empleadora, el período mínimo de descanso diario se aplica a todos los contratos de trabajo aplicados en su conjunto. En suma, todos los límites aplicables siempre se deben aplicar por persona trabajadora.<sup>299</sup> España aplica la

---

<sup>299</sup> TJUE. Sentencia de 17 de marzo de 2021. Petición de decisión prejudicial. Asunto C-585/19 Disponible en [EUR-Lex - 62019CJ0585 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/jud_2021/0003/oj)

directiva según contrato no según persona trabajadora, lo que no deja de ser alarmante para la protección de la SST, prescripción que ya se le indicó en el Informe de 2017.

En el apartado “C” se informa sobre la definición y registro del tiempo de trabajo. Señala la Comisión que la definición del artículo 2 de la Directiva sobre tiempo de trabajo: “*período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo a disposición del empleador y en ejercicio de su actividad o funciones*” no representa para los Estados miembros problemas en su aplicación. El TJUE ha señalado que los tiempos de guardia presencial (cuando la persona trabajadora debe permanecer en el lugar de trabajo o en otro que haya determinado la parte empresarial) se considerarán tiempo de trabajo.

Como ya se ha hecho referencia en este trabajo de investigación en los casos de guardia no presencial dependerá de las limitaciones y afectaciones en la vida personal de la persona trabajadora para ser considerada tiempo de trabajo. España según el Informe no tiene en cuenta las limitaciones que establece la jurisprudencia cuando el tiempo de guardia no presencial se considera descanso, sin perjuicio de que sí que hay órganos jurisdiccionales que sí lo están empezando a aplicar. Si bien en materia de registro de jornada España como se ha visto ut supra ha cumplido con lo que el TJUE en 2019 declaró.

Es el apartado “D” el que expone lo relativo a las pausas y períodos de descanso. Esta prescripción regulada en la Directiva en su apartado 4 dónde se exige una pausa de descanso cuando el tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas. En términos generales demuestra una transposición satisfactoria. Por lo que se refiere a los descansos (artículo 3 y 5) se debe disponer de un descanso de once horas consecutivas por cada período de veinticuatro y un descanso ininterrumpido de veinticuatro por cada período de siete días (el TJUE ha realizado la interpretación también vista que se suman a las veinticuatro horas las once de descanso diario). Por razones objetivas sí que se podría reducir el descanso de veinticuatro. España no ha incorporado correctamente en su ordenamiento jurídico el requisito del descanso semanal por no haberlo transpuesto en el sector de las y los funcionarios.

Los límites del tiempo de trabajo se explican en el apartado “E”. El límite de las 48 horas semanales como máximo, incluidas horas extraordinarias tienen una trasposición satisfactoria incluso mejora en según qué países, por ejemplo, España. No es óbice alertar que el Código de Bulgaria establece un tiempo de trabajo semanal de hasta las cincuenta y seis horas. España incumple el límite de cuatro meses que se debería aplicar al cálculo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, ya que el artículo 34.2 del ET lo determina en doce meses una diferencia notable. Se realiza un llamamiento al legislador/a para que se transponga correctamente y se modifique el artículo indicado<sup>300</sup>.

El apartado “F” recoge la información correspondiente a las vacaciones anuales, recogido en el artículo 7 de la Directiva estudiada. Es de celebrar que todos los Estados miembros contemplen explícitamente el derecho a disfrutar de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas con su correspondiente salario ordinario, y con el pago de las vacaciones en caso de imposibilidad de su disfrute. No obstante, hay Estados como por ejemplo Portugal entre otros que establecen períodos que considera la Comisión demasiado largos para que la persona trabajadora pueda disfrutar de las vacaciones.

Es de destacar también que los Estados miembros pueden limitar la posibilidad de aplazar las vacaciones anuales que no pueden disfrutarse por motivos justificados como una baja por IT. El TJUE ha establecido que cualquier período de aplazamiento debe ser mayor que el período de devengo con el que guarda relación. Así pues, en países como Dinamarca entre otros los períodos parecen ser demasiado cortos al no superar el año.

El apartado “G”. da cuenta del trabajo nocturno. Por sus características goza de especial protección en materia de SST. De esta forma el tiempo de trabajo normal no debe exceder de ocho horas, sin que se pueda realizar el cálculo de un promedio cuando haya riesgos especiales, como media por cada período de veinticuatro. Entre los

---

<sup>300</sup> ET. art. 34.2” *Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. ...La compensación por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.”*

incumplimientos que observa la Comisión en el ordenamiento jurídico español está el período de referencia de cuatro meses para calcular el promedio de ocho horas de las personas trabajadoras nocturnas, ya que sería igual que el standard y no menor.

En el apartado “H” se relacionan las excepciones de los artículos 17, 18 y 22 de la Directiva. Este apartado se divide a su vez en tres subapartados: autónomos, excepciones que exigen que se conceda a los trabajadores períodos equivalentes de descanso compensatorio y exclusión voluntaria. Por lo que se refiere al artículo 17 que regula la posible exclusión a las personas trabajadoras autónomas en el caso que: *“cuando a causa de las características especiales de la actividad realizada, la jornada de trabajo no tenga una duración medida o establecida previamente o cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores”*. Se detecta por la Comisión que Países Bajos o Hungría no incluyen estos criterios para su exclusión sino otros como que se perciba un salario tres veces superior al SMI.

En el subapartado indicado en relación con las excepciones respecto a disposiciones sobre pausas en la jornada laboral, períodos de descanso diarios y semanales, trabajo nocturno se exigirán períodos de descanso compensatorio. Se puede excepcionar por ejemplo en ciertas actividades estacionales o cuando haya una considerable distancia entre el lugar de trabajo y el lugar de residencia de la persona trabajadora. El TJUE interpreta que el descanso compensatorio ha de ser inmediatamente posterior a aquel que se haya perdido el descanso. La normativa de los Estados Miembro sólo lo permite en casos excepcionales cuando es objetivamente imposible proporcionar el descanso y cuando las personas trabajadoras hubiesen recibido la protección adecuada. El ordenamiento jurídico español según la Comisión establece un plazo demasiado largo para el descanso compensatorio en determinados sectores <sup>301</sup>

Así pues, ya en lo prescrito en el subapartado de exclusión voluntaria la Directiva señala que no puede obligarse a una persona trabajadora a desarrollar su prestación laboral más de cuarenta y ocho horas semanales de media. Pese a todo, la persona trabajadora puede dar su consentimiento explícito, libre e informado de antemano. La normativa española

---

<sup>301</sup> Vid. RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. (BOE de 26 de septiembre) disponible en [BOE-A-1995-21346 Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.](#)

recurre a la exclusión voluntaria como en otros estados como Francia a los trabajos que recurran ampliamente los períodos de guardia presencial, como los servicios sanitarios o de emergencia prescripción ya señalada en el Informe de 2017. En estos casos se contempla algún tipo de limitación explícita para las horas permitida, ya que la Directiva no señala nada al respecto. Actualmente hay quince Estados que no permiten la cláusula de exclusión voluntaria así Chequia o Letonia.

El penúltimo apartado es el “I” que se corresponde con las evaluaciones realizadas por los interlocutores sociales y Estados miembros. Si que existe un clamor unánime a que se revisen las disposiciones básicas de la Directiva, por los nuevos retos que afrontan las realidades laborales y la jurisprudencia del TJUE. La importancia del apartado “J. Medidas relacionadas con la COVID-19 en el ámbito del trabajo” es una llamada más a la revisión de la Directiva para incluir o hacer referencia a la regulación del tiempo de trabajo en posibles contextos de excepcionalidad como la pandemia dónde también procede la protección de la SST.

Para terminar este apartado mencionar la respuesta del Gobierno a una pregunta de un senador en relación con el trabajo de la Inspección en “materia de horarios de trabajo y horas extraordinarias” el 6 de febrero de 2023. En la respuesta del Gobierno se inserta un cuadro con el año 2022 en él hay cuatro columnas para referirse a: Autonomía/provincia, número de actuaciones, número de infracciones, y el importe de las infracciones en euros. El total general detalla 32 634 actuaciones y 11070 número de infracciones, siendo Andalucía con 1579 la que ostenta el mayor número de infracciones, lo que no dejan de ser datos preocupantes.<sup>302</sup>

### **1.5 La Directiva 2003/88/CE y su necesaria revisión<sup>303</sup>**

La UE tiene competencias limitadas en el ámbito social por lo que la máxima responsabilidad tanto en el empleo como en políticas sociales corresponde a los Estados miembros. A pesar de esta limitación la dimensión social de la UE poco a poco se ha ido desarrollando, elaborando instrumentos en el sector social. Sin ir más lejos el

---

<sup>302</sup> Senado. XIC Legislatura. Registro General. Entrada 174.214 de 21 de marzo de 2023. Respuesta del Gobierno. Pregunta escrita del Senado. 684/64788 de 6 de febrero de 2023.

<sup>303</sup> Se aprobó en Bruselas, el 4 de noviembre de 2003 por el Parlamento Europeo. Entró en vigor el 2 de agosto de 2004 (artículo 28), prácticamente es un período temporal de veinte años.

Tratado de Roma de 1957 ya incluía la igualdad de retribución de las mujeres y los hombres o el derecho de las personas trabajadoras a circular libremente. Las normas sobre las condiciones de trabajo, el tiempo de trabajo, la SST forman parte del ámbito social. En consecuencia, la Directiva 2003/88 queda enmarcada en el ámbito social y de allí que se deba adaptar a nuevas realidades sociales y laborales.

Es de gran trascendencia y relevancia en el desarrollo e interpretación de la revisión de la Directiva estudiada como se ha podido observar en el anterior apartado (apartado 1.4) la jurisprudencia del TJUE. De este modo ésta se inclina por un concepto basado en las condiciones seguras y saludables en las relaciones laborales como derecho fundamental como bien señala el art. 31.2 de la CDFUE<sup>304</sup>. Se observa en sus resoluciones, vistas tanto el primer capítulo, como en éste mismo, de este trabajo de investigación como prima el respeto al derecho al descanso de la persona trabajadora tanto a la hora de concretar los polémicos períodos de guardia, períodos equivalentes de descanso como en la interpretación de los tiempos de descanso entre jornada y semanales. Se siguen los postulados internacionales como la definición de salud que se encuentra ubicada en el preámbulo de la Constitución de la OMS. Con más contundencia podrá el TSJ si cabe argumentar el peso de la SST en un concepto amplio después de que la SST sea declarado principio de derecho fundamental por la OIT

Fue de bastante relevancia como ya se indicó en el primer capítulo (primer apartado de este dedicado al estudio del derecho a la salud en la OMS) la STSJ, de 12 de noviembre de 1996, en el asunto C-84/94: Reino Unido contra el Consejo<sup>305</sup> Se instaba en su apartado quince a que los conceptos de seguridad y salud fuesen interpretados de forma amplia según definición dada por la OMS. Este punto de partida marco posteriores sentencias como la sentencia Jaeger, de 9 de septiembre de 2003 que siguió su línea de

---

<sup>304</sup> En consecuencia, también con el art. 52.1 de la CDFUE: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*”.

<sup>305</sup> STJUE de 12 de noviembre de 1996. Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea. Asunto C-84/94 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0084>

argumentación (apartados 93 y 94).<sup>306</sup> De este modo se enfatiza en qué los períodos equivalentes de descanso compensatorio estén caracterizados por el hecho de que durante estos períodos la persona trabajadora no esté sujeta frente a la parte empresarial a ninguna obligación que se impida dedicar libre e ininterrumpidamente a su vida personal y familiar.

Destaca SAEZ<sup>307</sup> que estos fallos del TJUE que sin duda traían consecuencias económicas y sociales han producido un proceso de huida de los Estados de la regulación comunitaria a través de la cláusula de exclusión voluntaria prevista en la Directiva, la figura del *opting-out*<sup>308</sup>. La regulación de la Directiva 93/104/CE ya suponía conciliar la regulación mínima tuitiva de la salud laboral con intereses de PYMES. No es óbice señalar que la materia de tiempo de trabajo es básica en la salud de las personas, del tiempo de trabajo determinará el descanso y la conciliación de la vida personal y familiar.

Durante el período 2004 a 2009 ya hubo una inicial propuesta legislativa de la Comisión debatida en el Parlamento Europeo. Los ejes de la revisión eran: la cláusula vista de no aplicación, el período de referencia para el cálculo de la jornada semanal máxima, los tiempos de guardia y el descanso compensatorio en aplicarse las excepciones del régimen general de descansos.<sup>309</sup> Estos dos últimos han sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia. Se concibe la regulación comunitaria del tiempo de trabajo como factor de riesgo para la SST y toda persona trabajadora debe disfrutar como condición mínima.

Para el TJUE en base a lo prescrito por la Directiva cuando se habla de tiempo de trabajo o es tiempo de trabajo efectivo o es de descanso, conceptos excluyentes. Podría caber en una futura revisión de la Directiva un concepto intermedio que aclarase cómo

---

<sup>306</sup> STJUE de 9 de septiembre de 2003. Petición de decisión prejudicial Asunto C-151/02 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62002CJ0151>

<sup>307</sup> SÁEZ LARA, C *Temas Laborales* núm. 130 de 2015. pág. 244

<sup>308</sup> La posibilidad para que las personas trabajadoras puedan optar individualmente para renunciar al nivel que garantiza la norma europea.

<sup>309</sup> Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 31 de mayo de 2005. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Se adopta por la Comisión el 22 de septiembre de 2004. El Parlamento Europeo adoptó su primera lectura el 11 de mayo de 2005.



considerar los períodos de guardia, en qué situaciones indicar concretamente son tiempo de trabajo efectivo. Sin perjuicio de que por supuesto la interpretación del TJUE siempre va a existir por la multiplicidad de casuística que se puede dar. En suma, sería también de agradecer que cómo aclara el TJUE la Directiva reformulada señalase que los períodos de guardia sean o no tiempo de trabajo efectivo no son períodos de descanso en el sentido de descanso entre jornadas o semanal. Los períodos de descanso han de ser efectivos y reparadores.

Se debería también dar respuesta en una futura revisión de la directiva a los descansos compensatorios, ha sido el TJUE el que ha interpretado que se deberían dar inmediatamente después del trabajo prolongado, la excepción prevista en los artículos 17 y 18 de que se pueda conceder una protección equivalente deja margen de apreciación peligroso para la SST. Para una mejor protección de la SST el descanso ha de ser efectivo por tal motivo el descanso es posterior a la jornada laboral. El descanso tiene una naturaleza reparadora y preventiva. Desde este punto de vista la exclusión voluntaria permitida en el artículo 6 a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal es un escape a la protección de la SST. En suma, la obligación de registro de la jornada ordinaria como control del tiempo de trabajo podría estar prescrito con más claridad, conclusiones a las que el TJUE ha tenido que llegar por falta de precisión.

En los mismos términos el derecho a las vacaciones ha sido interpretado como vacaciones anuales retribuidas, ya que debe mantenerse la retribución ordinaria que se venía percibiendo, sin perjuicio de conceptos como el plus transporte. Así se expone en la STJUE de 12 de junio de 2014 (apartados 21 a 29) <sup>310</sup> No de otra forma se podría entender como derecho fundamental de la persona trabajadora sin interpretaciones restrictivas. La retribución procedería en caso de fallecimiento de la persona trabajadora, o de que concluyese la relación laboral sin haber disfrutado de las mismas. Es más no interviene la persona trabajadora en concesión o pertinencia, es un derecho que no se ha de solicitar se concede directamente “*El derecho a dicha compensación no puede supeditarse a una solicitud previa del interesado*” (apartado 30 de la sentencia dictada).

---

310 STJUE. Petición de decisión prejudicial. Asunto C-118/13. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0118>

En este sentido el TJUE también ha interpretado el ámbito de aplicación de la Directiva de forma amplia. Las excepciones deberían valorarse siempre de forma restrictiva para la máxima protección de la SST, como se ha visto en el anterior apartado. De hecho, son excepciones encaminadas únicamente a proteger la protección a la vida, seguridad colectiva, salud y orden público en situaciones de extrema gravedad.<sup>311</sup> Por lo que se refiere a la persona trabajadora es toda la que realice durante un cierto tiempo en favor de otra y bajo su dirección determinadas prestaciones que tengan como contraprestación una remuneración.<sup>312</sup>

Sea como fuere, las realidad social, laboral y tecnológica ha cambiado desde que la Directiva 2003/88/CE y para que se puedan establecer unas efectivas disposiciones mínimas de SST sería menester su revisión. La misma Comisión intentó la elaboración de una nueva Directiva en el año 2010.<sup>313</sup> También, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TSJUE, el Parlamento Europeo y el Consejo en 2017 elaboraron una Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88<sup>314</sup>, se observa que desde sus inicios es una Directiva que reclama revisión.

Como alerta RODRÍGUEZ-PIÑERO el artículo 31.2 de la CDFUE es el que debiera enfocar la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso no sólo desde la

---

<sup>311</sup> En este sentido señalar el Auto del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2005 Asunto C-52/02, dónde se indicaba la inclusión de las fuerzas de intervención de un servicio público de bomberos “*se hallan comprendidas normalmente dentro del ámbito de aplicación*” Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58220&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5713546>

<sup>312</sup> Vid. STJUE de 26 de marzo de 2015 Procedimiento prejudicial. Asunto C-2003/88/CE Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0316> dónde se señalaba “*El concepto de trabajador a efectos del artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y del artículo 31.2 de la CDFUE se debe interpretar en el sentido de que puede comprender a una persona admitida en un centro de ayuda mediante el trabajo*”.

<sup>313</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo (primera fase de la Consulta de los interlocutores sociales a nivel de la UE con arreglo al artículo 154 del TFUE) Bruselas 24 de marzo de 2010

<sup>314</sup> Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOUE de 24 de mayo de 2017 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017XC0524%2801%29>

óptica de la SST sino como un derecho a la libertad y vida privada,<sup>315</sup> en línea con la Directiva 2019/1152 sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles<sup>316</sup>. Es una Directiva enmarcada en contexto sociolaboral de 1993, al fin y al cabo, tuvo su inspiración en Convenios de la OIT más lejanos en el tiempo como considerar la jornada máxima semanal en 48 horas<sup>317</sup>. La nueva Directiva tendría que tener la pretensión de estar actualizada a la realidad sociolaboral, ser abierta, flexible a los cambios acelerados que se producen en las relaciones laborales, y a las diferentes situaciones nacionales distintas. Flexibilidad que impide establecer nociones autónomas del derecho de la UE idénticas para todos los Estados miembros, pero sí uniformes, ese sería el reto.

Es menester poner de relieve por su indudable valor jurídico el documento publicado en el DOUE el 24 de marzo, la “*Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo*”<sup>318</sup> (en adelante Comunicación). Esta Comunicación actualiza la realizada en el año 2017<sup>319</sup> en base a las numerosas sentencias dictadas por el TJUE que van interpretando la Directiva. De esta forma en un mismo documento se relacionan tanto las sentencias anteriores a 2017 como las posteriores (se realiza un repaso a más de ochenta sentencias y autos dictadas desde 1993 (un buen bagaje). Dada esta necesidad de que el TJUE prácticamente sobrepase la línea de interpretar a legislar, desde este trabajo de investigación se comparte la necesidad de su revisión. Esta Comunicación es documento imprescindible para el

---

<sup>315</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “Descanso diario y descanso semanal en la Directiva 2003/88/CE” Briefs AEDTSS,21,2023

<sup>316</sup> Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE DOUE de 11 de julio de 2019 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32019L1152>

<sup>317</sup> OIT. Convenio sobre las cuarenta horas, 1935 (núm. 47). Entró en vigor el 23 de junio de 1957. No ha sido ratificado por España. Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C047](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C047)

<sup>318</sup> Comisión. Comunicación de la Comisión interpretativa sobre la Directiva 2003/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo 2023/109/01. DOUE de 24 de marzo de 2023 Disponible en [eur-lex - 52023xc0324\(01\) - en - eur-lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eur-lex-content/es/ALL/?uri=CELEX:32023XC0324(01)-en-20230324)

<sup>319</sup> Comisión Europea. Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOUE 24 de mayo de 2017 Disponible en [eur-lex - 52017xc0524\(01\) - en - eur-lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eur-lex-content/es/ALL/?uri=CELEX:32017XC0524(01)-en-20170524)

estudio de la materia relacionada con el tiempo de trabajo y para enfocar y canalizar esa necesidad de actualización de la normativa.

La Comunicación se divide en diez apartados que son los ejes centrales de la Directiva: I. Introducción, II. Base jurídica y objeto de la Directiva III. Ámbito de aplicación de la Directiva IV. Definiciones V. Períodos mínimos de descanso VI. Duración máxima del tiempo de trabajo semanal VII. Vacaciones anuales retribuidas. VIII Trabajo nocturno, trabajo por turnos y ritmos de trabajo. IX Excepciones y X. Conclusiones. En la misma introducción la que pone de manifiesto el carácter obsoleto de la Directiva debido a los años transcurridos desde su adopción, y no está de más señalar que fue una continuidad de su predecesora<sup>320</sup>.

Desde la anterior Comunicación de 2017 hay que resaltar que los cambios en las relaciones laborales se han acelerado a causa de la pandemia del Covid-19, así la irrupción y necesidad de regulación del teletrabajo. Sin olvidar que desde 2022 desde la OIT se aprobó otro nuevo principio de derecho fundamental: un entorno de trabajo seguro y saludable (analizado en el primer capítulo de este trabajo). Los objetivos que pretende la Comunicación son: ofrecer mayor seguridad y claridad jurídica, contribuir a una mejor aplicación de la Directiva, velar por una ejecución efectiva de las normas y realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del TJUE. No se busca la creación de normas nuevas, por lo que todo lo que se pueda indicar en la Comunicación está sujeto a las posteriores interpretaciones del TJUE.

La flexibilidad en el factor del tiempo de trabajo es importante para el avance en las realidades sociales que demandan conciliar vida profesional y laboral y personal. Se debe tener en cuenta también como principio mínimo que no se desdibuje el límite entre trabajo y descanso que propicia la digitalización. Ésta debe ayudar a controlar el tiempo no a ser un factor de riesgo para la salud. Desde la anterior Comunicación de 2017 destaca la Comisión por ser más significativas cuatro sentencias: sentencia Matzak de

---

<sup>320</sup> Consejo de la UE. Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. DOUE de 13 de diciembre de 1993. Fecha fin de su vigencia el 1 de agosto de 2004. Disponible en [eur-lex - 3199310104 - en - eur-lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/lexuris/ui.do?uri=CELEX:3199310104)

2018<sup>321</sup>, sentencia CC. OO de 2019<sup>322</sup>, sentencia Academia de Studii Economice din Buresti de 2021<sup>323</sup> y la sentencia Ministrstvo za obrambo de 2021<sup>324</sup>. Se detiene en estas sentencias por su trascendencia.

De esta forma se atiende en especial a las personas trabajadoras que quedan incluidas en el ámbito de aplicación y los sectores de actividad. Como señala ROJO TORRECILLA es importante poner de manifiesto que para ser considerada persona trabajadora no depende de lo que el derecho de cada Estado miembro haya regulado sino una vez más la jurisprudencia del TSJUE: “*Si la persona realiza actividades reales y efectivas bajo la dirección y supervisión de otra persona y por una remuneración.*”<sup>325</sup> Por lo que respecta a sector de actividad la Comisión precisa que más que importar el sector sino la naturaleza de las actividades que se llevan a cabo.

El período de tiempo de trabajo máximo semanal es uno de los ejes centrales de la Comunicación, se deja a la regulación de cada ordenamiento jurídico de los Estados Miembros sin que puedan sobrepasar el límite establecido la duración media del trabajo semanal establecida en su artículo 6, el cual no está de más poner de relieve que podría considerarse un límite más favorable para la SST. Para que se pueda conceptuar como tiempo de trabajo se deben dar tres requisitos según expresa la Comunicación: la persona trabajadora debe permanecer en el trabajo, que permanezca a disposición de la parte empresarial, y que permanezca en el ejercicio de su actividad o sus funciones, siendo irrelevante la intensidad de estas o su posible discontinuidad.

Asimismo, la Comisión indica que el TJUE no se ha pronunciado sobre períodos como los trayectos durante la jornada laboral por motivo de su trabajo o trayectos irregulares

---

<sup>321</sup> TSJUE. Sentencia de 21 de febrero de 2018 Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. Petición de decisión prejudicial. Asunto C-518/15. Disponible en [eur-lex - 62015cj0518 - en - eur-lex \(europa.eu\)](#)

<sup>322</sup> TJUE. Sentencia de 14 de mayo de 2019. Federación de servicios de CC. OO contra Deutsche Bank SAE. Petición de decisión prejudicial. Disponible en [eur-lex - 62018cj0055 - es - eur-lex \(europa.eu\)](#)

<sup>323</sup> TJUE. Sentencia de 17 de marzo de 2021. Petición de decisión prejudicial. Asunto C-585/19 Disponible en [EUR-Lex - 62019CJ0585 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

<sup>324</sup> STJUE. Sentencia de 15 de julio de 2021 B.K contra la República Eslovenija. Petición de decisión prejudicial. Asunto C-742/19 Disponible en [eur-lex - 62019cj0742 - es - eur-lex \(europa.eu\)](#)

<sup>325</sup> ROJO TORRECILLA, E. “Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos períodos de tiempo claramente diferenciados” BOE. Revista *de Jurisprudencia Laboral*. Número 3/2023 pág. 7 (consulta abril 2023)

entre centros de trabajo, desde su parecer se deberían considerar tiempo de trabajo, a diferencia de los desplazamientos in itinere<sup>326</sup> Pone énfasis también la Comunicación en el período de vacaciones, ya que se trata según jurisprudencia del TJUE como “*un principio de especial importancia de derecho social Comunitario y de la UE*”, además que el límite establecido en el art. 7 de la Directiva cumple los criterios para tener efecto directo por ser “*incondicionales, inequívocos y precisos*”

Como apunte final para cerrar este apartado se considera siguiendo a REYES MARTÍNEZ que la ordenación del tiempo de trabajo, los límites a las jornadas laborales, los tiempos de guardia, los descansos, las vacaciones son elementos clave de las relaciones laborales, pilares básicos del derecho social europeo y derechos reconocidos en el art. 31 de la CDFUE.<sup>327</sup> Lo que en consecuencia también sería pilar fundamental de la SST y yendo un paso más allá del respeto al derecho a la vida personal y privada de cada persona trabajadora. Lo cual prueba que no se pueden obviar las nuevas realidades sociolaborales, los nuevos sistemas productivos y por supuesto una mirada transversal en perspectiva de género en los ordenamientos jurídicos, incluido el europeo. De modo que sería necesaria una reformulación de los tiempos de trabajo y de descanso mediante categorías jurídicas más diversas y no excluyentes garantes de los derechos de las personas trabajadoras.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> ROJO TORRECILLA, E. Blog:” El tiempo de trabajo en la jurisprudencia del TJUE. Importante Comunicación de la Comisión Europea de 24 de marzo de 2023, y un apunte a las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales.” *El nuevo y cambiante mundo del trabajo., Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.* <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/el-tiempo-de-trabajo-en-la.html> (Consulta abril 2023)

<sup>327</sup> REYES MARTÍNEZ, M. “Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial” *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social “Derecho Social Internacional y de la Unión Europea”, núm. 154/202, pág. 71*

<sup>328</sup> *ibidem*, pág. 72

## 1.6. Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027

De gran relevancia es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social y europeo y al Comité de las Regiones sobre el Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027 (en adelante Marco)<sup>329</sup>. El Marco se ha dictado en un contexto de crisis sanitaria, económica y social causada por la COVID-19, dónde<sup>330</sup> cobra gran relieve la salud y en especial la SST.

La iniciativa comunitaria tiene su fundamento legislativo en el art. 153.1a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)<sup>331</sup> respetando el principio de subsidiariedad y proporcionalidad. Se enmarcaría en el ámbito de la mejora del entorno laboral para proteger la SST de las y los trabajadores. Se debe observar también lo prescrito en el Parlamento en su Resolución de 10 de marzo de 2022.<sup>332</sup>

Ciertamente, el Marco se estructura en cuatro ejes: la SST en la UE, una visión actualizada de la misma dónde se incide en los tres objetivos clave, la implementación del marco estratégico actualizado y la propuesta de normas sobre SST a escala mundial. De estos puntos se pasará a analizar en diferentes apartados cómo se ha regulado la salud y principalmente la SST. Sea como fuere el Marco tiene sus puntos neurálgicos en tres objetivos: *“anticipar y gestionar el cambio en el nuevo mundo del trabajo que han traído consigo la transición ecológica, digital y demográfica, mejorar la prevención de los accidentes y las enfermedades en el lugar de trabajo, aumentar la preparación frente a posibles crisis sanitarias en el futuro”*.

---

<sup>329</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones del Marco Estratégico de la UE en materia de SST en el trabajo 2021-2027 *La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación de 28 de junio de 2021* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0323&from=EN> (Consulta noviembre de 2021).

<sup>331</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea derivado del Tratado de Lisboa. Fue firmado en Roma en 1957 como Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. [EUR-Lex - 12016ME/TXT - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016ME0001&from=ES) (consultado noviembre 2021).

<sup>332</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2022, sobre un nuevo marco estratégico de la UE en materia de SST posterior a 2020 (incluida una mejor protección de los trabajadores frente a la exposición a sustancias nocivas, el estrés laboral y las lesiones por movimientos repetitivos).

### ***1.6.1. El Marco y los cambios sociales, tecnológicos, laborales y medioambientales.***

La UE prioriza, como así señala en el apartado 2.1 del Marco, la importancia para las medidas de SST anticiparse a todos los cambios sociales, tecnológicos, laborales, y medioambientales. No se podría poner el énfasis en uno u otro en concreto por importancia, todos la tienen y además actúan en forma interconectada, sistémica, se necesitan. De esta forma se proclamó el Pacto Verde Europeo<sup>333</sup>, cuidar el medio ambiente afecta al bienestar general y también a las condiciones laborales, sin ir más lejos, el cambio climático si tiene repercusión en la temperatura ambiente, de forma correlativa también afectará a la temperatura en la que se trabaja.

Se da prioridad en la reducción de enfermedades como el cáncer en especial cuando se trabaja o manipula plomo, cobalto o amianto, según datos aportados por el Marco hay 88.000 muertes al año en Europa.<sup>334</sup> En el Estado español en relación con el amianto entre los años 1994 y 2008 el número de fallecidos fue de 3943. Si se hace una estimación del número anual de patologías por amianto *entre los años 2003 y 2009 se podrían haber producido 7154.*<sup>335</sup>

En el caso del amianto, también llamado uralita o asbesto son un grupo de minerales que se puede encontrar de forma natural en el entorno. Este material tuvo su auge principalmente en los años 70 y 80. El amianto con el paso del tiempo se deteriora y el problema de salud para las personas es que desprende fibras que pueden ser inhaladas sin ser expulsadas al exterior. Según la OMS el amianto es un carcinógeno del grupo 1.

<sup>336</sup> Se debe tener en cuenta que la lucha contra el cáncer es una prioridad de la UE.<sup>337</sup>

---

<sup>333</sup>Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones. del Pacto Verde Europeo de fecha 11 de diciembre de 2019 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1588580774040&uri=CELEX:52019DC0640> (consulta noviembre 2021).

<sup>334</sup> CESE. “Erradicar el amianto de la UE (2019/c240/04).

<sup>335</sup>Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un Fondo de compensación para las víctimas del amianto. (BOE 20 de octubre). Cifras indicadas en el preámbulo de la norma.

<sup>336</sup> Organización Mundial de la Salud. “Eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto” Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/asbestos-elimination-of-asbestos-related-diseases>

<sup>337</sup>Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Trabajar por un futuro sin amianto: un planteamiento europeo. Bruselas 28 e septiembre de 2022



La norma que se ha de tener en cuenta en el Estado Español es la ORDEN de 7 de diciembre de 2001. En esta norma se interponen limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos tal y como se señalaba en la directiva que transpone 99/77.<sup>338</sup> Se dictaron también los RD396/2006<sup>339</sup> y 665/1997<sup>340</sup>, prescriben las disposiciones mínimas de seguridad y salud. Se debe tener en cuenta a estos efectos la Resolución del Parlamento Europeo sobre los riesgos para la salud en el lugar de trabajo, relacionados con el amianto y perspectivas de eliminación de todo el amianto existente (2012/2065)<sup>341</sup>.

En 2022 se crea en el Estado Español un Fondo de compensación sin culpa. Lo que merece destacar es que se tengan en cuenta los contactos fuera del ámbito laboral, el lavar la ropa (trabajo que se podría calificar de feminizado, realizaban una función que debería haber hecho la empresa. El Fondo de compensación pretende ayudar a aquellas familias o trabajadores y trabajadoras afectadas que no tienen empresa a quien reclamar indemnización), o el contagio ambiental.<sup>342</sup> En el año 2022 también se aprueba en España la Ley 7/2022<sup>343</sup> dónde se incluye una disposición específica sobre el amianto. Lo que señala es la obligación de los Ayuntamientos de elaborar un censo de instalaciones y emplazamientos con amianto, incluyendo calendario.

---

<sup>338</sup> Orden de 7 de diciembre de 2001 por la que se modifica el anexo I del RD 1404/1989, de 10 de noviembre, por el que se imponen limitaciones a la comercialización y al uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos. (BOR 14 de diciembre de 2001) Entra en vigor el 14 de junio de 2002. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-23636>

<sup>339</sup> RD 396/2006 de 31 de marzo por el que se establecen las disposiciones mínimas de sLa aprobación de la Directiva 2003/18/CE de 27 de marzo modifica la Directiva 83/477/CEE obliga a adaptar la normativa española. La pretensión de la norma era dotar a la normativa española de una regulación única, evitando la dispersión. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-6474>

<sup>340</sup> RD 665/1997 de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. Disponible en: BOE de 24 de mayo Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-11145&p=20220525&tn=1>

<sup>341</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2013, sobre los riesgos para la salud en el lugar de trabajo relacionados con el amianto y perspectivas de eliminación de todo el amianto existente. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0093\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0093_ES.html)

<sup>342</sup> Ley 21/2022, de 19 de octubre, de creación de un Fondo de compensación para las víctimas del amianto. (BOE 20 de octubre). Cifras indicadas en el preámbulo de la norma.

<sup>343</sup> Organización Mundial de la Salud. “Eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto” Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/asbestos-elimination-of-asbestos-related-diseases>

<sup>343</sup> Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular. BOE de 9 de abril. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-5809>

No es baladí subrayar que España no tiene una Ley de gestión integral del amianto.<sup>344</sup> Si se sigue la línea de investigación de este trabajo de investigación que defiende la salud como derecho fundamental, una Ley integral del amianto es urgente para proteger a las personas de cáncer y otras enfermedades derivadas de la exposición al amianto.<sup>345</sup> Los trabajadores se han sentido engañados por estar sometidos al a trabajador con amianto. Además, las esposas de los trabajadores que lavaban la ropa<sup>346</sup> han derivado en el cáncer de mesotelioma o de pleura.

En este último caso al no considerarse enfermedad profesional no tienen derecho a prestaciones<sup>347</sup> En base a que era obligación de la empresa lavar la ropa se debería haber considerado enfermedad profesional estos casos. Se reitera nuevamente en esta tesis doctoral la urgencia de que el derecho a la salud sea considerado derecho fundamental en la normativa española. Como se indica en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones<sup>348</sup> las enfermedades relacionadas con el amianto tienen un largo período de latencia, el cribado y el diagnóstico son fundamentales para prevenir el cáncer.

Se ha dictado en esta línea de anticiparse a los cambios la Nueva estrategia industrial para Europa<sup>349</sup> para incrementar el empleo y en fin ser apoyo para empresarios y trabajadores. Se debe mencionar también la Estrategia digital de la UE<sup>350</sup> para hacer frente a los cambios tecnológicos. La digitalización podría ser una medida de SST en la realidad ya imparable demográfica en Europa del envejecimiento de la población. Se

---

<sup>344</sup> En septiembre de 2020 se realizó un Manifiesto por una Ley integral del Amianto.

<sup>345</sup> “Manifiesto por una Ley integral del amianto septiembre de 2020

<sup>346</sup> Colectivo Ronda. “Amianto la ropa de trabajo como trampa” Disponible en <https://www.cronda.coop/es/Actualidad/Noticias/Amianto-la-ropa-de-trabajo-como-trampa>

<sup>347</sup> Uzkudun: Amianto: reconocimiento y reparación a las víctimas y erradicar el material instalado. 8 de octubre de 2022 Disponible en <https://vientosur.info/amianto-reconocimiento-y-reparacion-a-las-victimas-y-erradicar-el-material-instalado/>

<sup>348</sup> Comunicación de la comisión al Parlamento Europe, al Consejo, al Comité económico social y europeo de 28 de septiembre de 2022 Disponible en

<sup>349</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones de un nuevo modelo industria Europa de 10 de marzo de 2020 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0102> (consulta noviembre de 2021).

<sup>350</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa de 6 de mayo de 2015 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52015DC0192> (consulta noviembre 2021).

debe valorar adaptar los puestos de trabajo a las y los trabajadores a medida que la edad avance.

Una forma de prevenir el riesgo sería a través de las nuevas tecnologías, como podría ser el teletrabajo. También el trabajo a distancia puede ayudar a conciliar la vida personal con la familiar, sin olvidar la desconexión digital y la formación en prevención de riesgos tanto físicos como mentales. Así otra medida preventiva podría ser la robotización de trabajos en condiciones peligrosas o en zonas de alta contaminación.

El Marco en este sentido propone una propuesta de Directiva para poder ejercer la desconexión digital en el sentido que se extrae de la Directiva 2003/88/CE que implica no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo fuera del tiempo de trabajo.<sup>351</sup> Añade MOLINA NAVARRETE<sup>352</sup> que el registro de la jornada es una forma más de garantizar el límite del horario laboral con el descanso, asegurando de esta forma la desconexión.

Siguiendo esta línea el Parlamento Europeo ya aprobó la Resolución de 21 de enero de 2021 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión. La nueva directiva complementaría y respetaría los requisitos establecidos en la Directiva 2003/88/CE, en la Directiva 2019/1158<sup>353</sup>, y la Directiva 89/391/CEE. Se tuvo en cuenta a la hora de dictar la Resolución que no existía una normativa específica de la Unión sobre el derecho a desconectarse de las TICs de personas trabajadoras. La cultura de estar “siempre conectado o conectada” dificulta el descanso y la salud mental.

---

<sup>351</sup> Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32003L0088> (Consulta noviembre 2021).

<sup>352</sup> MOLINA NAVARRETE, C.” Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: " desconexión digital", garantía del derecho al descanso”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138 de 2017 p. 249-283.

<sup>353</sup> Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores. DOL 188/2019 de 12 de julio de 2019. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L1158>

Tiene una gran afectación en las personas trabajadoras con responsabilidades asistenciales principalmente mujeres.<sup>354</sup>

Los usos de herramientas digitales podrían provocar una reducción de la concentración, manipulaciones monótonas y postura estática derivando a trastornos musculoesqueléticos. Incluso se puede llegar a dar la radiación por radiofrecuencia como carcinógeno. En suma, también se puede agravar el aislamiento, ansiedad o agotamiento emocional. En efecto, el derecho a desconectarse es un derecho fundamental que va ligado a las nuevas realidades de trabajo. Lo que se pretende es un uso adecuado y eficaz de las herramientas digitales para unas buenas condiciones de salud laboral y poder equilibrar vida profesional y laboral.

Así las cosas, se aprobó el 5 de julio de 2022, la Resolución del Parlamento Europeo, sobre la salud mental en el mundo laboral digital<sup>355</sup>. Los riesgos psicosociales son los más frecuentes para las personas trabajadoras. La salud mental ha alcanzado unos niveles demasiado bajos desde el inicio de la pandemia. Las y los empleadores son responsables de la SST en el teletrabajo.

Se lamenta que la salud mental no se le haya dado prioridad cuando es una cuestión de primer orden y que puede acarrear dolencias físicas. Se solicita a los Estados miembros un seguimiento de la aplicación del marco de acción europeo de la OMS en materia de salud mental para 2021-2025<sup>356</sup>. Al respecto se reclama la revisión y actualización de las Directivas 89/654/CEE y 90/270/CEE del Consejo, donde se establecen los requisitos mínimos de SST en el lugar de trabajo y para trabajar con pantallas de visualización. La Comisión mantiene el compromiso de su modernización.

---

<sup>354</sup> Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL)) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L1158>

<sup>355</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098 (INI)) Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0279\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0279_ES.html)

<sup>356</sup> Marco Europeo de Acción sobre Salud Mental 2021-2025. Se presentó durante la 71ª sesión del Comité Regional para Europa como documento de antecedentes para el debate sobre salud mental. Disponible en <https://www.euro.who.int/en/health-topics/noncommunicable-diseases/mental-health/publications/2021/who-european-framework-for-action-on-mental-health-20212025>

La Resolución del Parlamento citada celebra que se dictará la Directiva (UE) 2019/1158 sobre conciliación de la vida familiar y laboral padres y cuidadores. Proporciona flexibilidad, aunque son las mujeres las que se ven aún más afectadas por la conciliación. Esto deriva en mayor estrés, o violencia psicológica. España ha iniciado los trámites para su transposición, será un hito derivado del Pilar Europeo de Derechos Sociales. Se destaca la nueva clasificación de los permisos: paternidad y parental, el de fuerza mayor y el de “permiso para cuidadores”. El gran objetivo es conseguir la corresponsabilidad y se pueda romper el “techo de cristal”.<sup>357</sup>

La Resolución de 5 de julio de 2022 hace una crítica al Marco al indicar que sólo afronta medidas para el bienestar psicosocial en intervenciones individuales, por lo que se hace necesario una base común para salvaguardar la salud mental de todas las personas trabajadoras de la UE. Por ende, solicita a la Comisión una iniciativa legislativa para la gestión de los riesgos psicosociales y el bienestar en el trabajo.

En esta línea la Comisión ha presentado la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas.<sup>358</sup> Esto supondrá en consecuencia una mejora de las condiciones laborales y por ende de la protección a la salud. De esta forma en el artículo 7 de la Propuesta se señala el deber de las plataformas digitales de evaluar riesgos y revisar las medidas de prevención. A este respecto también manifiesta que las plataformas no deben utilizar sistemas automatizados de seguimiento que ejerzan una presión indebida sobre las y los trabajadores perjudicando su salud física y mental.

En este sentido la UE busca liderar el cambio de la transición ecológica y digital, aunar la prevención de riesgos en SST con las nuevas tecnologías. Esto sería lo que pretende la industria 5.0. En esta línea el Marco, de acuerdo también con el Comité económico social y europeo (en adelante CESE)<sup>359</sup>, se refiere a la intención de la Comisión de agilizar la regulación de las y los trabajadores que realizan su labor precisamente en las

---

<sup>357</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. “La transposición de la Directiva (UE) 2019/1158: Mucho más que una norma de permisos de cuidado y la necesidad de adaptación de la normativa interna de despido”. Net21 Número 11, junio, 2022.

<sup>358</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, de 9 de diciembre de 2021. Disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_6605](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6605) (consulta diciembre 2021).

<sup>359</sup> Dictamen del Comité económico y social Europeo Salud y Seguridad en el Trabajo de 20 de octubre de 2021. Consultado por la Comisión 10 de agosto de 2021.

nuevas tecnologías como la exposición a la radiación óptica, o campos electromagnéticos ya puede ser el uso de tecnologías móviles o inalámbricas.

Importante apunte hace el CESE<sup>360</sup> al hecho de que el Marco considere que no se aplican las normas sobre SST a los trabajadores autónomos. Insta a que se lleve a cabo en un plazo adecuado una investigación para que todas y todos los trabajadores autónomos deban trabajar en un entorno seguro y saludable y que se presenten las conclusiones antes de la Cumbre de 2023.

Refiriéndonos a la SST de las y los trabajadores que sufren enfermedades crónicas ni el Marco ni el CESE hacen alusión a las mismas. No será porque el TJUE no se haya pronunciado. Así el término discapacidad se define en términos amplios en la Directiva 2000/78 según jurisprudencia del TJUE *“se debe entender referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.”*<sup>361</sup>.

El supuesto de hecho de la sentencia el Sr. Conejero fue contratado para trabajar como limpiador en un Hospital de Cuenca. En fecha 15 de septiembre de 2014 se le reconoció al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacitado. El 7 de julio de 2015, Ferroserv Servicios Auxiliares comunicó al Sr. Ruiz Conejero su despido según art. 52 d) del ET porque el motivo de las ausencias aún justificadas superaba los límites de dicho artículo: *“el 20% de las jornadas hábiles en los meses de marzo y abril de 2015, y el total de sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores había alcanzado el 5% de las jornadas hábiles”*

El Sr. Ruiz Conejero demandó a la empresa. El motivo de su alegación fue que había una vinculación directa entre las ausencias y la condición de discapacitado. Indica que es una discriminación indirecta por razón de discapacidad (art.2, apartado 2, letra b) de

---

<sup>360</sup>Dictamen del Comité económico y social Europeo Salud y Seguridad en el Trabajo de 20 de octubre de 2021. Consultado por la Comisión 10 de agosto de 2021.

<sup>361</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018. Asunto C-270/16. Párrafo 28. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=198527&doclang=ES>

la Directiva 2000/78). El Juzgado de lo Social plantea cuestión prejudicial por no ver conforme al artículo 52 d) del ET a la Directiva 2000/78. El TJUE determinó que el ya derogado art. 52 d) del ET establecía que determinadas ausencias no podían considerarse faltas de asistencia intermitentes al trabajo que justificasen la extinción del contrato, las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubrían la totalidad de las situaciones de discapacidad.

Se concluye que la cuestión prejudicial planteada: el artículo 2.2 letra b) inciso i) de la Directiva 2000/78 se ha de interpretar en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permita al trabajador despedir a la persona trabajadora debido a faltas de asistencia de éste al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, *“cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.”*<sup>362</sup>

La doctrina del TEDH por su parte, propone una dimensión social de discapacidad. Invita a considerar la vulnerabilidad de la trabajadora o trabajador afectado por una dolencia de larga duración. Esta limitación originada en la salud impide al trabajador acceder al mercado laboral en las mismas condiciones que el resto de las y los trabajadores.<sup>363</sup>

La única mención que se señala en el Marco sobre las enfermedades crónicas es cuando se indica que la Comisión presentará medidas de regímenes de adaptación profesional para las y los trabajadores que padezcan enfermedades crónicas. Se añade también al colectivo de personas víctimas de accidentes. Para las personas con discapacidad la Comisión, según el Marco, presentará medidas para mejorar los resultados en el mercado laboral y garantizar la SST en el lugar de trabajo.

---

<sup>362</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera) de 18 de enero de 2018. Asunto C-270/16. Párrafo 57. Disponible en

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=198527&doclang=ES>

<sup>363</sup> VELA DÍAZ, R. “La primacía del despido por absentismo laboral sobre la enfermedad bajo el prisma del TEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2021 (Caso Gloria Raventós Martínez V. Spain)”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, no 81 de 2021, p. 6.

Todas estas medidas se enmarcan en el contexto de la Estrategia de la Comisión sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030<sup>364</sup>. No adaptar los lugares de trabajo a personas con discapacidad o que sufran enfermedades crónicas es provocar discriminación entre estos colectivos, de ahí su importancia, como también la formación en los riesgos que puedan provocar ATEP.

### ***1.6.2. El Marco y los ATEP***

Como segundo objetivo que el Marco erige, medida aprobada también por el CESE, es la idea de que ninguna persona debe morir trabajando. La prevención de los ATEP juega un papel fundamental. Para poderla alcanzar se requiere investigar las causas que provocan los ATEP y la formación con relación a los riesgos. Señala el Marco que dos sectores especialmente críticos son la agricultura y la silvicultura.

En este sentido se pretende alcanzar la mortalidad cero, en el marco de la “visión cero”. El Parlamento Europeo en su Resolución de 17 de diciembre de 2020, en su apartado 25, solicitaba a la Comisión que presentase una nueva estrategia de SST en el trabajo que tratase no sólo la salud física sino mental de las y los trabajadores. El objetivo de esta regulación debía ser hacer lo posible para “*eliminar la mortalidad laboral y a reducir las enfermedades relacionadas con el trabajo*” con la fecha límite de 2030.<sup>365</sup>

La Asociación Internacional de Seguridad Social (en adelante AISS), adoptó en 2017 la campaña “Visión Zero”<sup>366</sup> como estrategia para reducir los ATEP para así contribuir a una cultura de la prevención. Los tres ejes de la campaña “Visión Zero” son la

---

<sup>364</sup> Estrategia para los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030, de 3 de marzo de 2021 disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes> (consulta diciembre 2021).

<sup>365</sup> “...considera que esta estrategia debe incluir la revisión de la Directiva marco sobre SST para proteger a los trabajadores en situaciones de emergencia tales como las pandemias, así como propuestas legislativas ambiciosas sobre los trastornos musculoesqueléticos y los relacionados con el estrés, en cooperación con los interlocutores sociales, pide a la Comisión que siga actualizando la Directiva sobre agentes carcinógenos y mutágenos y proponga valores límite de exposición profesional vinculantes para un mínimo de 50 sustancias adicionales de aquí a 2024, y que incluya en la Directiva sustancias con efectos perjudiciales para el sistema reproductivo e introduzca valores límites más estrictos respecto a las sustancias nocivas, como las carcinógenas y mutágenos...” “Apartado 25 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre una Europa social fuerte para unas transiciones justas de 17 de diciembre de 2020 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020IP0371> (Consultado diciembre 2021).

<sup>366</sup> Directriz 40 de la AISS Visión Zero (B.9) Promoción de una cultura de prevención. Disponible en <https://ww1.issa.int/es/guidelines/prev/174695> y <https://ww1.issa.int/es/guidelines/prev/180177> (consulta diciembre 2021).



seguridad, la salud y el bienestar en el trabajo. Su enfoque es que es posible conseguir un mundo sin accidentes graves y mortales, por lo que la cultura de la prevención y el bienestar en el lugar de trabajo es la base. Es una prioridad la reducción constante de los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y sus riesgos.

Se señala en el Marco que la principal causa de mortalidad laboral en la UE es el cáncer, seguido de enfermedades profesionales cardiovasculares y los trastornos musculoesqueléticos. De esta forma para prevenir el cáncer se debe destacar el Plan Europeo de lucha contra el cáncer<sup>367</sup>. Es un compromiso político para adoptar todas las medidas posibles para la lucha contra el cáncer en toda la trayectoria de la enfermedad.

Se pone de relieve la medida de reducir la exposición a agentes carcinógenos en entornos como el lugar de trabajo, un dato para tener en cuenta es que el 52% de las muertes laborales anuales de la Unión tienen como causa el cáncer. En este punto conviene referenciar la Directiva sobre agentes carcinógenos y mutágenos<sup>368</sup>. El objeto de esta disposición es la protección a los riesgos a agentes carcinógenos o mutágenos a los que puedan estar sometidos durante el trabajo las y los trabajadores.

En este contexto también adquiere relieve la hoja de ruta sobre carcinógenos, en concreto la nueva estrategia para el 2020-2024<sup>369</sup>. En ésta, dividida en cuatro pilares, se incide en tomar conciencia, sobre todo a través de datos fiables. Un gran reto se representa en la educación tanto a futuros empresarios como a trabajadores sobre los riesgos, la protección obligatoria y las soluciones. También es importante la sustitución de las sustancias cancerígenas para evitar y prevenir los riesgos., así se limita la exposición a 26 sustancias peligrosas.

---

<sup>367</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo del Plan Europeo de lucha contra el cáncer de 3 de febrero de 2021. Disponible en [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_342](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_342) [https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/non\\_communicable\\_diseases/docs/eu\\_cancer-plan\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/non_communicable_diseases/docs/eu_cancer-plan_es.pdf) (consulta diciembre 2021).

<sup>368</sup> Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (sexta directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo. DO L 158 de 30 de abril de 2004 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32004L0037> (consulta diciembre 2021).

<sup>369</sup> Hoja de ruta sobre carcinógenos: “Nueva estrategia para el 2020-2024”: asumiendo retos. disponible en <https://roadmaponcarninogens.eu/roadmap-challenges-2020-2024/> (Consulta diciembre 2021).

La segunda causa de mortalidad son las enfermedades profesionales cardiovasculares. La prevención de esta causa radica en la dificultad de conseguir medidas eficaces que reduzcan por desconocerse las causas subyacentes. Otra enfermedad destacable son los trastornos musculoesqueléticos, ya que pueden llegar a producir discapacidad. El CESE señala que la experiencia acumulada y la investigación sobre los trastornos musculoesqueléticos justifican la necesidad de una iniciativa legislativa.

Otro aspecto para destacar en este apartado son las repercusiones en el lugar de trabajo de las sustancias peligrosas. El enfoque que señala el marco es “*una sustancia, una evaluación*”. De este modo cobra relieve la Directiva 2004/37/CE<sup>370</sup> y la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE<sup>371</sup>. Se dispone esta Propuesta a regular los límites del acrilonitrilo, compuestos de níquel y benceno, actualizar los valores límites de los productos químicos peligrosos y la protección de las y los trabajadores a sustancias tóxicas como el plomo.

Merece especial atención, señala el Marco, el ámbito sanitario. En este sector se debe proteger al personal sanitario expuesto a medicamentos peligrosos y resto de riesgos. Urge la promulgación de legislación específica que regule la formación y orientación de los riesgos a sustancias y medicamentos peligrosos en el ámbito sanitario. El art. 18 bis de la Directiva 2004/37/CE<sup>372</sup> insta a que la Comisión evalúe modificar esta Directiva

---

<sup>370</sup> Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (Sexta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32004L0037> (Consulta diciembre de 2021).

<sup>371</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo de 5 de abril de 2018 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52018PC0171> (Consulta diciembre 2021).

<sup>372</sup> Directiva (UE) 2019/1983 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. DOL 164 de 20 de junio de 2019 Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2019.164.01.0023.01.SPA&toc=OJ:L:2019:164:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2019.164.01.0023.01.SPA&toc=OJ:L:2019:164:TOC) (consulta diciembre 2021).

Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32004L0037>(Consulta diciembre 2021).

para incluir a los fármacos peligrosos o proponer un instrumento más adecuado para la SST de las y los trabajadores expuestos a dichos fármacos.

En la línea comentada el CESE reclama a la Comisión que incluya los cánceres de origen profesional en el futuro Plan Europeo de lucha contra el cáncer. También reclama que se amplíe el ámbito de aplicación de la Directiva sobre agentes carcinógenos y mutágenos a las sustancias tóxicas para la reproducción, como el plomo, y a los medicamentos peligrosos.

El Marco expresa la necesidad de fomentar hábitos saludables en el lugar de trabajo. En ese sentido es una forma de evitar el absentismo y la reducción de las enfermedades no transmisibles. Siendo el cáncer la primera causa de mortalidad laboral en la UE y a través del Plan Europeo de lucha contra el cáncer se priorizará la alfabetización sanitaria de los riesgos y factores desencadenantes del cáncer.

Bien es cierto, que en el momento de evaluar los puestos de trabajo se debe tener en consideración: el reconocimiento, la diversidad, las diferencias y desigualdades de género. Señala el Marco como ejemplo que durante la pandemia del COVID-19 las mujeres del sector sanitario llevaron equipos de protección individual diseñados para hombres.

La formación a las y los trabajadores de los riesgos del lugar de trabajo es fundamental para poder evitar ATEP. Se incentiva para evitar sesgos de género en la representación de hombres y mujeres en consultas, y en general en la evaluación de riesgos. También procede realizar evaluación de riesgos y formar en profesiones que no se acostumbraba a hacerlo como las y los profesionales de la limpieza.

También señala el Marco la importancia de la violencia, el acoso o discriminación por razón de sexo, edad, discapacidad, religión, convicciones, raza u origen étnico u orientación sexual que afecta a la SST. Las acciones que pretende la Comisión incorporar se basan en incidir en la eficacia de la Directiva sobre sanciones de los empleadores 2009/52<sup>373</sup> y reforzar la inspección de trabajo. El CESE complementa esta

---

<sup>373</sup> Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de

previsión añadiendo que se aumenten las sanciones a los empresarios que incumplan la normativa.

La directiva mencionada en el párrafo anterior siguiendo a ROJO TORRECILLA tiene como objetivo establecer mecanismos legales que limiten la prestación en condiciones de irregularidad.<sup>374</sup> Garantizar un trabajo regular es garantizar también el cumplimiento de la SST. Si nos basamos en la definición que da la citada Directiva: “*condiciones de trabajo especialmente abusivas: condiciones de trabajo incluidas las que resultan de la discriminación por razón de sexo o de otro tipo en las que se aprecia una desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutaban los trabajadores empleados legalmente, y por ejemplo afectan a la salud y seguridad de los trabajadores y atentan contra la dignidad humana.*”<sup>375</sup>

Se debe traer a colación el art. 8 del TFUE<sup>376</sup> dónde la UE se antepone como objetivo en todas sus acciones el valor de la igualdad entre mujeres y hombres, y por ende también en la SST. La UE en esta línea ya promulgó la Estrategia para la igualdad de género 2020-2025<sup>377</sup>, que tiene como pilar la igualdad de hombres y mujeres. Tanto en esta Estrategia como en el Marco se impulsa a ratificar el Convenio de la OIT 190<sup>378</sup>, medida aprobada por el CESE. El Consejo de ministros español aprobó en fecha 14 de septiembre de 2021 el Acuerdo por el que se disponía la remisión a las Cortes Generales

---

terceros países en situación irregular. DO L 168 de 30 de junio de 2009. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0052> (Consulta diciembre 2021).

<sup>374</sup> ROJO TORRECILLA, E. “Lucha contra la inmigración irregular en la Unión Europea y sanciones a los empleadores” de 29 de julio de 2009 Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/07/lucha-contra-la-inmigracion-irregular.html> (Consulta diciembre de 2021).

<sup>375</sup> Directiva 2009/52/CE art. 9 “*Los Estados miembros velarán porque la infracción de la prohibición establecida en el art. 3, si es intencionada, constituya un delito en cada una de las circunstancias siguientes, definidas en el derecho nacional... c) la infracción se acompaña de unas condiciones laborales particularmente abusivas*”.

<sup>376</sup> Versión consolidada del TFUE DO C 326 de 26 de octubre de 2012 art. 8 “*En todas sus acciones, la Unión fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.*”

<sup>377</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la igualdad de género 2020-2025 de 5 de marzo de 2020 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0152>

<sup>378</sup> OIT Convenio número 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo de 21 de junio de 2019, entrada en vigor 25 de junio de 2021 y Recomendación 206 sobre la violencia y el acoso. Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190) (consulta diciembre 2021).

del Convenio y se autorizaba la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicho Convenio.<sup>379</sup>

### ***1.6.3. El Marco y el aprendizaje de la pandemia del COVID19***

El Marco pretende incentivar políticas sanitarias que respondan a nuevas amenazas en base a lo aprendido en la pandemia del COVID-19, así pues, el 15 de junio de 2021 la Comisión realiza una Comunicación sobre las primeras lecciones aprendidas<sup>380</sup>. Se busca la interconexión entre salud pública y las medidas que se implanten sobre SST, no son dos sectores diferenciados, sino que deben ir unidos. El CESE por su parte aprueba lo diseñado para este tercer objetivo.

Siguiendo a CAIROS la respuesta que se dio por la UE a la pandemia del COVID-19 se podría tildar de preocupante, se priorizaron los intereses económicos y financieros a la salud. Debido a este contexto las condiciones laborales y de SST de los y las trabajadores empeoraron.<sup>381</sup>

En cualquier caso, se hace necesario unas líneas generales que sirvan de base para la evaluación de riesgos y para abordar las medidas preventivas de SST en caso de crisis sanitarias. Se muestra imprescindible que el lugar de trabajo sea un lugar seguro, dónde no exista riesgo de enfermedades transmisibles. En este marco, una medida adoptada por la UE fue que el SARS-CoV-2 se clasificó para el amparo de la Directiva sobre agentes biológicos<sup>382</sup>. Para que así se protejan las y los trabajadores en los lugares de trabajo cómo puede ser dónde se distribuyen las vacunas.

---

<sup>379</sup> Referencia del Consejo de ministros de 14 de septiembre de 2021 disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2021/refc20210914.aspx#acoso> (consulta diciembre de 2021).

<sup>380</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. Extrayendo las primeras lecciones de la pandemia del COVID-19 de 15 de junio de 2021. Disponible en [https://ec.europa.eu/info/files/communication-early-lessons-covid-19-pandemic\\_en](https://ec.europa.eu/info/files/communication-early-lessons-covid-19-pandemic_en) (Consulta diciembre de 2021)

<sup>381</sup> CAIRÓS BARRETO, D.M. “El futuro de Europa y su nuevo “código normativo social”: el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales” *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 82 de 2021. Pág. 5.

<sup>382</sup> Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000 sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo de 18 de septiembre del 2000, Diario oficial núm. L 262 de 17 de octubre de 2000 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32000L0054> (consulta diciembre 2021).

Se debe proteger en especial a las y los trabajadores temporeros, móviles o transfronterizos por tener unas condiciones de trabajo y medidas de SST más precarias, así lo señala el CESE también. Como también merecen una especial consideración las y los trabajadores contagiados que han perdido a algún familiar, medida que también aprueba el CESE. Aunque la materia de seguridad social es competencia nacional, la Recomendación de la Comisión sobre Enfermedades profesionales insta al reconocimiento de enfermedad profesional al COVID 19, para garantizar una igualdad entre los Estados miembros<sup>383</sup>.

En base a este reclamo en fecha 18 de mayo de 2022 se llegó a un acuerdo en el Comité Consultivo para la Seguridad y la Salud en el Trabajo sobre la apremiante necesidad de reconocer la COVID-19, como enfermedad profesional. Se reconoce tanto en la asistencia sanitaria, social, y domiciliaria y en los sectores que en pandemia se aumenta el riesgo de contagio. Es un gran paso para que la Comisión actualice la Recomendación sobre Enfermedades Profesionales. Se hace eco también esta medida del objetivo transversal de mejorar la preparación ante posibles crisis futuras.<sup>384</sup>

Se pretende conseguir que los Estados miembros adapten sus correspondientes normativas para que la COVID-19 sea considerada enfermedad profesional. Es necesario proteger a las y los trabajadores ante posibles nuevas olas de COVID-19. Además de la prevención se ha de poner énfasis en apoyar a las y los trabajadores y las familias que han perdido un familiar debido una infección por COVID-19 en el trabajo. Es conveniente homogeneizar en el reconocimiento de las enfermedades profesionales científicamente probadas entre los Estados miembros. Urge actualizar la

---

Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión de 3 de junio de 2020 por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión. DO L 175 de 4 de junio de 2020 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32020L0739> (Consulta diciembre 2021).

<sup>383</sup> Recomendación de la Comisión de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales. DO L 238 de 25 de septiembre de 2003. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003H0670> (consulta diciembre de 2021).

<sup>384</sup> Comisión Europea. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. Condiciones de Trabajo y Diálogo Social Salud y seguridad en el trabajo, EU OSHA. Comité Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo. “Actualización de la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión relativa a la lista europea de enfermedades profesionales par incluir el COVID-19. Adoptado el 18 de mayo de 2022.

Recomendación 2003/670/CE para hacer más explícita la inclusión en la COVID-19 en el Anexo I.<sup>385</sup>

Se añadiría una nueva entrada 408 COVID-19 con la consiguiente redacción: “*causados por el trabajo en la prevención de enfermedades, en la asistencia sanitaria y social, y en la asistencia domiciliaria o en un contexto pandémico, en sectores en los que hay un brote en actividades en las que se ha demostrado un riesgo de infección*”.<sup>386</sup>

En el estado español el avance que ha habido es considerar que se tendrá las mismas prestaciones que el sistema de seguridad social otorga a las personas afectadas por una enfermedad profesional, sólo al personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios. Estos deben estar inscritos en los registros correspondientes, además las y los trabajadores han debido contraer el SARS-CoV-2, en el ejercicio de su profesión. Y además dentro del período comprendido desde la declaración de la pandemia por la OMS, hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para paliar los efectos del virus.<sup>387</sup>

## **1.7. La salud pública y la Unión Europea**

La salud pública y las medidas de SST van irremediamente unidas, pero gozan de independencia en su estudio en este trabajo de investigación, por eso su razón de ser de estar en apartados diferentes. Como primera mención en el art. 4.2. k) del TFUE<sup>388</sup> se prescribe que “*los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública en los aspectos definidos en el presente Tratado*” son competencia compartida entre la Unión y los Estados. También en el art. 6 a) del mismo Tratado que indica que la Unión podrá

---

<sup>385</sup> Idem.

<sup>386</sup> Comisión Europea. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. Condiciones de Trabajo y Diálogo Social Salud y seguridad en el trabajo, EU OSHA. Comité Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo. “Actualización de la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión relativa a la lista europea de enfermedades profesionales para incluir el COVID-19. Adoptado el 18 de mayo de 2022.

<sup>387</sup> RD Ley 3/2021, de 2 de febrero, por la que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la seguridad social y económico. BOE núm. 29 de 3 de febrero de 2021. art. 6 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-1529> (Consulta noviembre de 2021).

<sup>388</sup> Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOC 202 de 7 de junio de 2016 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12016E%2FTXT> (Consulta noviembre de 2021).

llevar a cabo acciones, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en “*la protección y mejora de la salud humana*”.

Es en el art. 168 del TFUE<sup>389</sup> dónde radica la regulación comunitaria sobre salud pública. Este artículo sólo establece que la Unión tiene competencia complementaria a la de los Estados miembros. La UE sólo podrá actuar cuando las medidas de los Estados sean insuficientes para lograr el objetivo “*de un alto nivel de protección de la salud humana*”. Por lo que la protección de la salud y organización y gestión de asistencia sanitaria siguen siendo competencia de los Estados Miembros. Es a estos a quien corresponde definir las políticas nacionales de salud: gestión, organización, atención médica y la asignación de recursos que se deben destinar a estos servicios. (168.7 del TFUE).

Si se estudia el artículo 168 se observa que en su párrafo segundo se subraya cómo la UE facilitará la cooperación entre los Estados miembros sobre todo en las regiones transfronterizas. En sus párrafos tercero y cuarto se destaca la cooperación en este caso con organizaciones internacionales en salud pública. Además, para contribuir a los objetivos del artículo puede adoptar medidas entre ellas: contribuir a altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, medidas en el ámbito fitosanitario y veterinario, y las que establezcan normas elevadas de calidad y seguridad de los medicamentos y productos sanitarios.

En este sentido la reciente STJUE de 10 de marzo de 2021 Asunto C 96/20<sup>390</sup> tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Italia. Éste preguntaba sobre la interpretación del art. 9.2 de la Directiva 2002/98<sup>391</sup>: sí qué titulación se requería para ser responsable de centros de transfusión sanguínea. En

---

<sup>389</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.L “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales” en *Derecho y salud en la Unión Europea* AA. VV PÉREZ GÁLVEZ, J.A (director), BARRANCO VELA, RAFAEL (director) Editorial Comares S.L Granada 2013 pág. 102 y 103.

<sup>390</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2021 Asunto C-96/20 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62020CA0096&qid=1670867865163> (consulta diciembre de 2021).

<sup>391</sup> Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0098> (consulta diciembre de 2021).



el artículo 9.2 de la citada Directiva se señalaba que la persona responsable debería cumplir con las siguientes condiciones mínimas de cualificación: *“a) ser titulado de un diploma, certificado u otra prueba de cualificación académica oficial en el ámbito de la ciencias médicas o biológicas, expedida tras cursar estudios universitarios completos o estudios reconocidos como equivalentes por el Estado Miembro respectivo b) poseer una experiencia práctica posterior a la titulación en las áreas correspondientes de un mínimo de dos años, en uno o varios centros autorizados para desarrollar actividades relacionadas con la extracción o verificación de la sangre humana y sus componentes, o con su tratamiento, almacenamiento y distribución.”*

Prescribe el TJUE en su contestación que exigir el diploma exclusivamente de medicina y cirugía a los responsables de un centro de transfusión sanguínea se puede calificar de *“medida de protección más estricta”* como indica el artículo 168.4 a) del TFUE. Los Estados miembros tienen margen para decidir el nivel elevado en el que pretenden garantizar la salud pública y el modo en el que alcanzar dicho nivel. La salud y la vida de las personas representan un valor importante a proteger por el TFUE.

La petición se presenta en el ámbito de un litigio entre el Colegio de Biólogos de Italia y la Presidencia del Consejo de ministros de Italia en relación con la validez del precepto citado. El órgano jurisdiccional italiano indicó que la Directiva 2002/98 no tenía carácter autoejecutivo y se limitaba a establecer normas generales respecto de los centros de transfusión sanguínea. Consideraba que la Directiva permitía a los Estados Miembros elegir de forma discrecional si debía reservarse el acceso a la función de persona responsable de los centros de transfusión sanguínea únicamente a los titulares de un diploma en medicina, únicamente a los titulares de un diploma en ciencias biológicas o ambas categorías.

En su apartado 22 la sentencia estudiada manifiesta que la Directiva 2002/98 que tiene por objeto la salud de la protección pública tiene como fundamento el artículo 168.1 del TFUE, que prevé que cuando se definan y ejecutan las políticas y acciones de la UE se garantizará un alto nivel de la salud humana. De esta forma, las condiciones prescritas en el art. 9.2 de la Directiva 2002/98 tiene por objeto garantizar que la persona responsable de un centro de transfusión sanguínea tenga las competencias teóricas y prácticas suficientes.

Así las cosas, la persona responsable debe velar de que el personal disponga de de las cualificaciones necesarias para llevar a cabo las tareas realizadas en los centros de transfusión sanguínea. El art. 9.2 a) de la Directiva 2002/98 se interpreta en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en la que únicamente pueden ser designadas personas responsables de un centro de transfusión sanguínea las personas titulares de un diploma en medicina y en cirugía, siempre que se respete los derechos de la Unión.

Para tener en cuenta la afirmación del TJUE “*la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el TFUE*” son los Estados Miembros los que decidirán qué nivel de protección de la salud pública se pretende asegurar y de qué forma. En el caso enjuiciado no resultaba que la disposición controvertida pueda considerarse una medida inadecuada para alcanzar el mayor objetivo de protección de la salud humana.

También el artículo 168 manifiesta que la UE podrá adoptar medidas para luchar contra las pandemias transfronterizas, vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud<sup>392</sup> y medidas que tengan como objetivo la protección de la salud pública por lo que se refiere al tabaco y consumo excesivo de alcohol. De cualquier modo, el artículo subraya que la acción de la UE debe respetar las responsabilidades de los Estados miembros por lo que se refiere a la salud, la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica.<sup>393</sup>

Se debe hacer referencia también al art. 114 del TFUE. Así se indica en su apartado tercero que en las propuestas que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior que realice la UE sobre aproximación de legislaciones en materia de salud “*se basará en un nivel de protección elevado*”. La consecuencia inmediata es la necesidad de evitar que haya una repercusión negativa en la protección a la salud de

---

<sup>392</sup> En este sentido se promulgó la Decisión núm. 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 DO L 293 de 5 de noviembre de 2013 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013D1082> (Consulta diciembre de 2021).

<sup>393</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.L. “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales” Op cit. pág. 105.

las personas trabajadoras que se desplacen por razón de empleo, estancia o residencia desde su Estado de aseguramiento a otros Estados miembros de la UE.<sup>394</sup>

Esta acción coordinada de los sistemas nacionales de Seguridad Social implicaba también a las prestaciones de asistencia sanitaria. Se establecieron los criterios de conexión entre las diferentes legislaciones nacionales y la distribución de cargas económicas entre los diferentes Estados Miembros. Todo ello para la garantía de una igualdad de trato en el acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria, en otras palabras, el derecho a una asistencia sanitaria transfronteriza.

Los Reglamentos de coordinación que están en vigor en materia de seguridad social son: el Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>395</sup>, y el Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>396</sup> por el que se adoptan las normas de aplicación de aquel. Lo que realizaron fue establecer una serie de reglas se limitaron a coordinar los sistemas públicos existentes en cada uno de los Estados respetando su diversidad. Además, para garantizar el derecho a la asistencia sanitaria en situaciones transfronterizas se debe tener en cuenta también la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo<sup>397</sup>

La finalidad de la Directiva era que las y los ciudadanos de la UE tuvieran la posibilidad de recibir asistencia sanitaria en el ámbito público (como señalaban los Reglamentos comunitarios de coordinación) y en el privado y el derecho a obtener de su Estado de

---

<sup>394</sup> Esta fue la razón de la entrada en vigor de los antiguos Reglamentos (CE) del Consejo núm. 1408/1971, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad y el núm. 574/1992 de 21 de marzo de 1972, dónde se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento anterior.

<sup>395</sup> UE. Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. (DOUE de 30 de abril de 2004) disponible en [EUR-Lex - 32004R0883 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eur-lex-content/ES/LEX/32004R0883-ES-EUR-Lex)

<sup>396</sup> UE Reglamento (CE) número 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación (CE) 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social. Disponible en [EUR-Lex - 32009R0987 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eur-lex-content/EN/LEX/32009R0987-EN-EUR-Lex)

<sup>397</sup> UE. Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. Se incorpora al ordenamiento jurídico español a través del RD 81/2014, de 7 de febrero, se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y se modifica el RD 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0024>

aseguramiento el reembolso de los gastos sanitarios derivados de la asistencia sanitaria en el extranjero. Importante hay que destacar que la Directiva facilitaría la movilidad de los pacientes en la UE para la libre elección del estado miembro del que tuvieran que recibir tratamiento. La base jurídica no se encontraba ya en la libre circulación de las personas trabajadoras sino en los artículos 168 del TFUE (salud pública) y artículo 114 (mejora del funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías, personas y servicios).<sup>398</sup>

Valga añadir que la Directiva también pretendía asentar las bases para el establecimiento de unos principios comunes a los sistemas sanitarios europeos: seguridad y calidad de las prestaciones sanitarias, intercambio de información y cooperación entre todos los Estados Miembros así por ejemplificar la sanidad electrónica. El Tribunal de Cuentas de la UE expresó que, aunque las medidas de la UE en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza eran ambiciosas y habían ayudado a reforzar la colaboración entre los Estados Miembros se instaba a una mayor gestión. Se constataba que pacientes de la UE tenían dificultades para acceder a la asistencia sanitaria en el extranjero, y a obtener asistencia sanitaria transfronteriza.<sup>399</sup>

En los mismos términos se pronuncia el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de mayo de 2022. En éste se valora la evaluación práctica de la norma en los sistemas de reembolso, autorización previa, procedimientos administrativos, cobro a pacientes. Los obstáculos que señala la Directiva que se han de superar son: *“bajo nivel de sensibilización sobre los derechos de los pacientes a la asistencia sanitaria transfronteriza, información inadecuada a los pacientes, cargas administrativas desproporcionadas, incertidumbre sobre los costes de la asistencia sanitaria en el extranjero y el reembolso.”*<sup>400</sup> Sin duda su aprobación reforzó la

---

<sup>398</sup> MONERERO, J.L. “El derecho a la salud en el Ámbito Internacional y de la Unión Europea. Tratamiento actual y desafíos futuros” 2022 Laborum pág. 65

<sup>399</sup> Tribunal de Cuentas Europeo. Medidas de la UE en el ámbito de la asistencia sanitaria transfronteriza: ambiciones importantes, pero se requiere una mayor gestión de 2019. Disponible en [EU actions for cross-border healthcare: significant ambitions but improved management required \(europa.eu\)](#) (consulta diciembre 2022)

<sup>400</sup> UE. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2011/24/UE relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza de 12 de mayo de 2022 Disponible en [EUR-Lex - 52022DC0210 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

cooperación internacional, a pesar de ello los obstáculos detectados deben poner el énfasis en su resolución y más si cabe después de la experiencia de la pandemia del Covid-19

Durante la pandemia del COVID-19 se tomaron medidas para apoyar la coordinación y cooperación entre todos los Estados Miembros, entre ellas las Directrices sobre la emergencia de la UE en cooperación transfronteriza en asistencia sanitaria. Éstas establecieron importantes medidas como el derecho de los pacientes al reembolso, transferencia de historiales médicos o el renacimiento de recetas al recibir asistencia sanitaria en el extranjero.<sup>401</sup>

La pandemia del COVID-19 puso a prueba a los sistemas sanitarios. Varios países pidieron ayuda de emergencia a la UE y a otros Estados de la UE. En base a estas situaciones excepcionales de emergencia urgía poner el foco en la asistencia sanitaria transfronteriza<sup>402</sup>. De esta forma la red de sanidad electrónica que fue creada en base al artículo 14 de la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo puso en funcionamiento: la interoperabilidad a escala de la UE de la aplicación de rastreo de contactos y alerta y el certificado COVID digital de la UE.

De tal forma se establece mediante el Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 “*un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación*” (Certificado COVID digital de la UE).<sup>403</sup> No pretende ser entendido como que facilita la adopción de restricciones a la libre

---

<sup>401</sup> UE Comunicación de la Comisión Directrices sobre la ayuda de emergencia de la UE en la cooperación transfronteriza en materia de asistencia sanitaria relacionada con la crisis de la COVID-19 2020/c 111 1/01 DOUE de 3 de abril de 2020. Disponible en [EUR-Lex - 52020XC0403\(02\) - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

<sup>402</sup> Es “aquella prestada o recetada en un Estado Miembro distinto del Estado miembro de afiliación, no se refiere exclusivamente a la asistencia sanitaria prestada en un Estado miembro vecino”

<sup>403</sup> UE. Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación, y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19 (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOU 15 de junio de 2021) artículo.1 Disponible en [EUR-Lex - 02021R0953-20220630 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

circulación o restricciones a derechos fundamentales. El marco del certificado COVID digital de la UE pretendía garantizar a los viajeros con una función o necesidad esenciales que dispusiesen de certificados interoperables. En ningún momento el Reglamento pretendía que fuese interpretado como un derecho u obligación a ser vacunado.

Según el Derecho de la Unión, los Estados Miembros podrían limitar el derecho fundamental a la libre circulación por motivos de salud pública, como ocurrió con la propagación del SARS- CoV-2. Así se establece en la Recomendación (UE) 2020/1475 donde se hace el llamamiento a que se apliquen según criterios de proporcionalidad y no discriminación. Las medidas deben estar limitadas en el tiempo y en su ámbito de aplicación para buscar siempre el objetivo de la salvaguarda de la salud pública, siempre con el respeto a la libre circulación de suministros y personal médicos y sanitario.

Sea como fuere, la pandemia vivida ha enseñado que los problemas globales como las emergencias sanitarias transfronterizas requieren de soluciones globales. Se necesita una sólida cooperación en Europa para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y construir una “Unión Europea de la Salud”, necesaria e imprescindible. Una Unión que garantizase a todas y todos los pacientes la igualdad de trato, acceder en igualdad de condiciones a la asistencia sanitaria segura y de calidad, en otras palabras, el ejercicio pleno de sus derechos de asistencia sanitaria.<sup>404</sup>

Se han llevado a cabo medidas como la aprobación de “EU4Health” para el período 2021-2027. Consiste en proporcionar apoyo financiero a los Estados Miembros para realizar actividades que refuercen la resiliencia de los sistemas de salud y la promoción del sector sanitario.<sup>405</sup> Merece también destacarse la propuesta presentada por la Comisión el 3 de mayo de 2022 para la creación de un “Espacio Europeo de datos sanitarios”,

---

<sup>404</sup> MONERERO, J.L. “El derecho a la salud en el Ámbito Internacional y de la Unión Europea. Tratamiento actual y desafíos futuros” 2022 Laborum pág. 77

<sup>405</sup> Reglamento (UE) 2021/522 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de marzo de 2021 por el que se establece un programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud (programa UEprosalud) para el período 2021-2027, Disponible en [EUR-Lex - 32021R0522 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2021/522/oj)

Se prescribe que ayuda a que las y los usuarios tomen el control de sus datos sanitarios, apoyar el uso de datos sanitarios para la mejora de la prestación de asistencia sanitaria, investigación e innovación.<sup>406</sup> No obstante, el carácter complementario y subsidiario del artículo 168 ha implicado que las normas comunitarias se limiten a la coordinación de las políticas sanitarias nacionales, y no a armonizar. No se ha podido implantar un sistema de asistencia sanitaria europeo común a todos los Estados Miembros de la Unión.

En base a estos dos artículos (artículos 114 y 168) la jurisprudencia del TJUE ha dictado sentencias como la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 2016, asunto C-358/14<sup>407</sup>. Ésta tenía por objeto un recurso de anulación interpuesto por la República de Polonia apoyada por Rumanía contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea apoyados por Irlanda, República Francesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Comisión Europea de diversos artículos de la Directiva 2014/40/UE<sup>408</sup>.

No es óbice señalar que en base al preámbulo del Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del tabaco (Ginebra 2003)<sup>409</sup>, del que son parte la Unión Europea y sus Estados Miembros, las partes reconocen que *“la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo del tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad”* Si se cubre con aromas la aspereza del humo del tabaco se contribuye a mantener su consumo o se pueden utilizar hierbas como la menta.

---

<sup>406</sup> UE. Propuesta de Reglamento-Espacio Europeo de datos sanitarios. De 3 de mayo de 2022 Disponible en [EUR-Lex - 52022PC0197 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

<sup>407</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 4 de mayo de 2016 (Asunto C-358/14) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0358> (consulta diciembre de 2021).

<sup>408</sup> Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE Texto pertinente a efectos del EEE DOUE de 29 de abril de 2014 por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE Disponible en [EUR-Lex - 32014L0040 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#) (Consulta diciembre 2021).

<sup>409</sup> OMS Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco. Organización Mundial de la Salud 2003. Fue el primer Tratado negociado bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud. Se elaboró según transcribe su prefacio: *“en respuesta a la globalización de la epidemia del tabaquismo”*

La República de Polonia pretendía de diversos artículos de la Directiva 2014/37/CE<sup>410</sup>. La Directiva se basa en un enfoque armonizado de la regulación de los ingredientes de los productos del tabaco para el buen funcionamiento del mercado interior y sus repercusiones negativas. Además de que se pretendía cumplir con las directrices del Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud Se fundamentaba jurídicamente su recurso en la vulneración del art. 114 del TFUE, del principio de proporcionalidad y el de subsidiariedad.

Argumentaba Polonia que se debería haber diferenciado a la hora de dictar la Directiva entre productos del tabaco mentolado y aquellos que no lo son, en otras palabras, que no todos se engloban en la característica de un “aroma característico”. Además, añade que no hay divergencias en las regulaciones nacionales por lo que se refiere al mentol como aditivo en lo productos del tabaco y “aroma característico” es un concepto poco preciso para que los Estados miembros procedan a la trasposición de la Directiva.

Por su parte Rumania consideraba que las disposiciones que se pretendía impugnar tenían como objetivo garantizar un nivel elevado de protección a la salud, por lo que su encuadre no sería el art. 114 si no el art. 168 del TFUE, dónde en su articulado se excluye la armonización. A pesar de esta argumentación el TJUE consideró que sí se cumplían los requisitos para ampararse en el art. 114 del TFUE a pesar de que sea la salud pública la determinante de las decisiones que se pretenden. Al buscar la armonización el art. 114 también debe garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana. El art. 168 se expresa en los mismos términos cuando se dicten las políticas de la UE.

El TJUE desestima la pretendida vulneración del art. 114 del TFUE. Por un lado, sí se facilita el funcionamiento del mercado interior porque la Directiva quiere unificar la composición de los productos del tabaco. La utilización del art. 114 se justificaría cuando las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados Miembros obstaculicen el ejercicio de libertades fundamentales y por ende afecten al

---

<sup>410</sup> Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 , relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE Texto pertinente a efectos del EEE DOUE de 29 de abril de 2014 Disponible en [EUR-Lex - 32014L0040 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#) (Consulta diciembre 2021).



mercado interior. Por otro lado, también la Directiva quiso unificar los productos del tabaco que tuviesen un “*aroma característico*”<sup>411</sup>, sin excluir el mentol, lleve el tiempo que lleve en el mercado, ya que todos pueden contribuir a la iniciación al tabaco y a su permanencia.

Por si fuera poco, el artículo 35 de la CDFUE se refiere de forma más general, no sólo a medidas de SST, sino también a la “*Protección de la salud*”. Se hace incidencia en el derecho de toda persona tanto a la prevención sanitaria como a la atención sanitaria en el marco de la legislación de cada país. Además, se deberá procurar un alto nivel de protección a la salud en las políticas y acciones de la Unión.

De este modo la STJUE de 22 de noviembre de 2018<sup>412</sup> que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial se cuestiona la validez de la Directiva 2014/40/UE artículos 1 letra c), y 17. Es decir la prohibición de comercializar productos del tabaco de uso oral, a la luz del artículo 35 de la CDFUE. La cuestión radicaba en que se alegaba que la prohibición de comercializar productos del tabaco de uso oral priva a las personas que desean abandonar el tabaquismo del uso de productos que son beneficiosos para la salud.

El Tribunal señala que la Directiva no tiene por objeto limitar el derecho a la salud sino concretarlo y asegurarlo. No se priva a los consumidores de elegir productos que sean beneficiosos para su salud en el caso que deseen dejar de fumar. Los productos del tabaco de uso oral crean dependencia y tienen efectos indeseados en la salud humana, como indica el apartado 81 de la sentencia.

También trae a colación el artículo 35 de la CDFUE el TJUE en Sentencia de 8 de mayo de 2019<sup>413</sup>. Señala el Tribunal como la salud pública figura entre las “*razones imperiosas de interés general reconocidas en el derecho de la Unión*”. En el caso

---

<sup>411</sup> Directiva 2014/40 artículo 25.2 “*olor o sabor claramente perceptible distinto del tabaco debido a un aditivo o combinación de aditivos, incluidos frutas, especias, hierbas, alcohol, caramelo, mentol o vainilla entre otros, que sea perceptible antes del consumo del producto del tabaco o durante dicho consumo*”

<sup>412</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera) de 22 de noviembre de 2018. Asunto C-151/17 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0151> (Consulta diciembre 2021).

<sup>413</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala sexta) de 8 de mayo de 2019 C-230/18 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0230> (Consulta diciembre 2021).

enjuiciado prestar servicios relacionados con la actividad de la prostitución en un establecimiento sin registrar y sin estar sujeto a requisitos particulares en materia de salud incrementa el riesgo de contraer enfermedades.

Sea como fuere la restricción de la libertad de establecimiento por la sospecha de que en un local se está ejerciendo la prostitución, se consideraría justificada por la prevención de la comisión de delitos y la salud pública. En el caso enjuiciado se inclina el Tribunal por la defensa de la tutela judicial efectiva protegida por el art. 47 de la CDFUE. En efecto motiva que se opone al derecho de la Unión Europea por el hecho de que no se exige que la autorización administrativa que ordena el cierre sea motivada y sí exige que la anulación de esa decisión que presente el destinatario sí esté motivada.

A pesar de todo lo expuesto como bien señala MONEREO<sup>414</sup> al carecer de una legislación europea sobre derecho a la salud la invocabilidad se hará siguiendo las legislaciones y prácticas nacionales. (Principio de subsidiariedad artículo 51 CDFUE) El artículo 52 acaba de concretar que cualquier limitación al ejercicio de los derechos y libertades que en la Carta se señala deberá ser establecido por Ley y respetar su contenido esencial. Sólo se pueden reconocer limitaciones en casos de interés general reconocido por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

## **1.8. La UE y las personas mayores**

El envejecimiento de la población en la Unión Europea es una realidad para abordar en diferentes aspectos tanto en materia sanitaria como en tema de pensiones de jubilación., ya que si no tendría efectos directos en el Estado del Bienestar. La edad media de la población es más elevada que hace unas décadas atrás que no se corresponde con la natalidad. En consecuencia por lo que se refiere a las pensiones de jubilación a mayor calidad de la salud más tiempo percibirán las personas la pensión de jubilación, y si procede la pensión de viudedad por ser compatibles. En este contexto sí se debe hacer referencia que también incrementarán las pensiones de viudedad. El motivo es que

---

<sup>414</sup> MONEREO ATIENZA, C; MONEREO PÉREZ, JL. *El sistema universal de los derechos humanos* Ed. Comares, Granada 2014 pág. 602.

habrá más hombres que la perciban y con bases reguladoras más altas por la incorporación de la mujer al mundo laboral.

Se debe tener presente como apunta VILA TIERNO que aún se está sufriendo las secuelas en toda Europa de la crisis financiera anterior.<sup>415</sup> Ésta supuso para las personas más próximas a la edad de jubilación la expulsión del mercado de trabajo, el agotamiento de las prestaciones públicas y el no poder disponer de ingresos mínimos. A esto se debe añadir todos los estragos que ha supuesto la pandemia del COVID-19. Entra en juego el derecho a la dignidad y el respeto a una sociedad inclusiva. Todo en relación con el trabajo decente, suficiencia de pensiones y objetivos de desarrollo sostenible a cumplir.

La incidencia por sexos queda en peor situación la mujer. En la Unión Europea se deberán tener en cuenta los repartos competenciales establecidos en empleo, protección social, fiscal y economía. Las medidas además a establecer no pueden vulnerar la libre competencia en la UE y las ayudas de Estado (art. 107 del TFUE)<sup>416</sup> Serían de especial importancia las medidas contempladas como envejecimiento activo. No obstante, este apunte se dictó el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el mecanismo de Recuperación y Resiliencia para dar respuesta a la situación COVID<sup>417</sup>. Se apuesta por potenciar las inversiones para acelerar la recuperación y potenciar el crecimiento a largo plazo.

Señala también la Directiva que en el contexto de la crisis del COVID-19 se necesita ayudar a los Estados Miembros y proporcionarles ayudas directas. Es por lo que se crea un mecanismo de recuperación y resiliencia. Representa un mecanismo para hacer frente a los efectos y consecuencias de las crisis de la COVID 19. Se destaca el papel de las mujeres que se ha visto afectado por la pandemia por ser ellas las que representan la mayor parte del personal sanitario y por combinar tareas profesionales con tareas de

---

<sup>415</sup> VILA TIERNO, F. “El derecho de la Unión Europea en materia de protección a las personas mayores” en AAVV *La protección a la seguridad social a las personas mayores, retos para el siglo XXI* PERAN QUESADA. S. VILA TIERNO, F. (directores). Editorial Bomarzo, Albacete, 2022, pag. 98

<sup>416</sup> Idem.

<sup>417</sup> Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el mecanismo de recuperación y resiliencia. DOG 18 de febrero de 2021 disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32021R0241>

cuidados no remunerados. No hay una apuesta específica para las personas mayores no obstante la financiación por el empleo y la cohesión social sí les alcanzaría.

La idea que subyace es no actuar con medidas de austeridad. En este marco de inversiones hay que poner el punto de mira en las personas mayores con rentas bajas con riesgo de exclusión social y que pueden quedar fuera del mercado de trabajo. Desde la UE se les considera un colectivo de especial atención, lo que se comparte plenamente desde este trabajo de investigación. En relación con la edad para ser considerada persona mayor dependerá de la medida protectora, para personas mayores de 45 años o 50 años lo principal es la garantía de un empleo. En cambio, para las personas de más de 60 años y con más énfasis 65 años se incardinarían más las medidas de envejecimiento digno.

Es la CDFUE en su artículo 25 prescribe: “*Los derechos de las personas mayores*”:

*“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”*

Como se aprecia se queda en una declaración de buenas intenciones, no se visibilizan medidas concretas. Aunque no hay que quitarle el mérito al reconocimiento y respeto a una vida digna e independiente de los mayores, es una garantía de derechos en sentido técnico jurídico. Ya no se enfoca la protección de las personas mayores sólo hacía la pensión de jubilación se pasa al enfoque el envejecimiento activo. Entroncaría con la definición amplia del derecho a la salud del preámbulo de la constitución de la OMS.

Cuando una persona trabajadora va avanzando en edad es más probable que tenga más enfermedades que no tenía con una temprana edad. Si se le excluye del mercado laboral su salud mental y emocional se va a haber afectada. Se lamenta que la Decisión (UE) 2020/1512 del Consejo de 13 de octubre de 2020<sup>418</sup> relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, prorrogada por la Decisión de la UE 2021/1868 del Consejo de 15 de 2021 relativa a las orientaciones para las políticas de

---

<sup>418</sup> Decisión (UE) 2020/1512 del Consejo de 13 de octubre de 2020 relativa a las orientaciones par las políticas de empleo de los Estados miembros. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_.2020.344.01.0022.01.SPA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2020.344.01.0022.01.SPA)

los Estados miembros no haga prácticamente alusión a las personas mayores. Se pretende impulsar el empleo, pero sin el colectivo de mayores.

En este sentido de proteger a las personas mayores para velar por su dignidad y autonomía y que disfruten de rentas suficientes se enmarca el artículo 23 de la CDFUE. Con anterioridad en 2017 el Pilar Europeo de Derechos Sociales el artículo 15 indica el derecho de las personas trabajadoras por cuenta ajena o propia a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada y que toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna. La base de cualquier política de las personas mayores ha de ser el derecho a una vida digna y autónoma a la vejez. Importante mencionar el Compromiso Social de Oporto de mayo de 2021 dónde se manifiesta el compromiso de *“tomar medidas para reforzar los sistemas nacionales de protección social a fin de garantizar una vida digna para todos y todas y al mismo tiempo preservar su sostenibilidad”* Sin un sistema sostenible como advierte VILA se podrán garantizar rentas suficientes y una vida digna.<sup>419</sup>

## **2. SALUD LABORAL Y EL CONSEJO DE EUROPA**

En este último apartado del capítulo primero se aborda el estudio de la salud y principalmente de la salud laboral en el seno del Consejo de Europa. Para esta labor, ajustada al límite de espacio de esta tesis, se tendrá en cuenta la Carta Social Europea (en adelante CSE)<sup>420</sup> dónde se reconocieron los derechos sociales y económicos.

Los derechos sociales y económicos fueron excluidos de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>421</sup> Se hace una somera referencia en el art. 8 (*“Derecho al respeto a la vida privada y familiar”*) a la protección de la salud pública. En este sentido, expresa, la salud pública sería una de las causas justificadas para la injerencia de la autoridad en el domicilio, o en su caso

---

<sup>419</sup>VILA TIERNO, F. “El derecho de la Unión Europea en materia de protección a las personas mayores” en AAVV *La protección a la seguridad social a las personas mayores, retos para el siglo XXI* PERAN QUESADA. S. VILA TIERNO, F. (directores). Editorial Bomarzo, Albacete, 2022, pág. 116

<sup>420</sup> En España entra en vigor la Carta Social Europea revisada (hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996) el 1 de julio de 2021. Disponible en [BOE.es - BOE-A-2021-9719 Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea \(revisada\), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.](https://www.boe.es/BOE-A-2021-9719)

<sup>421</sup> Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales elaborada en Roma el 4 de noviembre de 1950 Disponible en <https://www.coe.int/es/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols> (consulta diciembre 2021).

injerencia de la correspondencia. Aunque no hay una barrera infranqueable entre derechos civiles y económicos y derechos sociales, existen interacciones inevitables.<sup>422</sup>

## 2.1. La Carta Social Europea y el Código Europeo de Seguridad Social

En el Derecho Internacional Europeo se debe destacar la aportación de la CSE en dar luz y proteger el derecho a la salud como derecho fundamental de solidaridad. En el Preámbulo de la CSE ya se expresaba: “*que la Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990, subrayó la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, y por otra parte el dotar a la CSE de un nuevo impulso*” Se sigue que es ésta la misma configuración que con posterioridad se aplica en la CDFUE (derecho de solidaridad) encuadrado en el Título IV de la Carta “Solidaridad”, aunque siguiendo a MONEREO, con un contenido demasiado escueto en comparación con la CSE. El derecho a la salud tiene una formulación universalista, en línea con el reconocimiento a toda persona (un derecho fundamental universalista propio del modelo bismarkiano).<sup>423</sup>

La CSE<sup>424</sup> regula el derecho al nivel más alto posible de salud. Esta regulación es significativa por implicar obligaciones a estados miembros tanto en materia de prevención de riesgos laborales como en prestación de asistencia sanitaria. Su regulación se encuentra en el artículo 11 “*Derecho a la protección de la salud*”. En este artículo se insta a las Partes a adoptar medidas que garanticen el derecho a la salud: ya sea eliminar las causas de una salud deficiente, garantizar centros educacionales y de consulta y de dar gran importancia a la responsabilidad individual de la salud, ya sea con la prevención de enfermedades epidémicas, endémicas o accidentes.

---

<sup>422</sup> MUÑOZ MACHADO S., MESTRE DELGADO, J.F, ALVÁREZ GARCÍA, V. “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”. AA. VV *Las estructuras del bienestar en Europa* MUÑOZ MACHADO, S. GARCÍA DELGADO, JL, GONZÁLEZ SEARA. L. (directores) Edit. Civitats Ediciones SL, Madrid, 2000, pág. 314.

<sup>423</sup> MONEREO PÉREZ, J.L “Derecho a la protección a la salud artículo 11 de la Carta Social Europea” MONEREO ATIENZA, C. MONEREO PÉREZ, J.L (Dirección y coordinación) “*La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*” Editorial Granada, 2017 Pág. 605 y 606

<sup>424</sup>Consejo de Europa. Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996 entró en vigor el 1 de julio de 1999. Resumen disponible en <https://www.coe.int/es/web/compass/european-social-charter> (consulta noviembre de 2021).

Cuando se señala en el artículo 11 “*entre otros fines*” se incide en ese aspecto preventivo: así eliminar las causas de una salud deficiente, dar relevancia a la educación y el sentido de la responsabilidad individual. Además, se insiste en el papel de prevenir las enfermedades epidémicas, endémicas y otras como los accidentes, sea como fuere el artículo 11 de la CSE tienen un contenido mínimo esencial que se debe interpretar en conexión con el artículo 13. En el art. 13 la CSE se refiere a la asistencia social y médica.

En este sentido, en base al artículo 13 Las Partes adquieren un compromiso de velar porque todas las personas que no dispongan de recursos suficientes puedan obtener asistencia y cuidados médicos sin ningún tipo de discriminación.<sup>425</sup> Merece destacar que la asistencia sanitaria es uno de los derechos de seguridad social, así lo manifiesta el artículo 12 de la CSE (“Derecho a la Seguridad Social). Se instrumenta en base a lo especificado en los artículos 11 y 13 del mismo texto legal.<sup>426</sup>

En definitiva, la aspiración del artículo 11 de la CSE en relación con el artículo 13, era establecer un contenido mínimo de garantía de Derecho a la protección de la salud. Inicialmente la construcción europea en materia del derecho a la seguridad social se sostiene sobre la base del derecho a la cooperación, y no integración. Los Estados son responsables de la regulación del sistema de prestaciones de la seguridad social.

El derecho a la salud constituye el presupuesto para una vida digna y para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales. En consecuencia, se debe relacionar con el ambiente de trabajo, como se hace hacen en el artículo 2 de la CSE (“Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas”). Es el artículo 3 el que específicamente se refiere a la salud laboral “*Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo*”. Las Partes deben garantizar el ejercicio efectivo de la seguridad e higiene en el trabajo. De esta forma, deberían formular periódicamente una política nacional sobre seguridad e higiene en el

---

<sup>425</sup> MONEREO PÉREZ, J.L “Derecho a la protección a la salud artículo 11 de la Carta Social Europea” MONEREO ATIENZA, C. MONEREO PÉREZ, J.L (Dirección y coordinación) “*La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*” Editorial Granada, 2017 Pág. 608

<sup>426</sup> MONEREO PÉREZ, J.L “Derecho a la protección a la salud artículo 11 de la Carta Social Europea” MONEREO ATIENZA, C. MONEREO PÉREZ, J.L (Dirección y coordinación) “*La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*” Editorial Granada, 2017 Pág. 608

trabajo. El objetivo sería la higiene en el trabajo, la prevención de accidentes y de daños a la salud sobre todo con especial incidencia en el entorno de trabajo. Sin perjuicio del compromiso de promulgar reglamentos de seguridad al efecto y promover el establecimiento de servicios de seguridad e higiene en el trabajo.

Además, hay que relacionar el artículo 3 con el artículo 2. Éste se refiere al derecho a unas “*condiciones de trabajo equitativas*”, en estrecha conexión con la salud laboral. Lo que se regula en este artículo es el tiempo de trabajo: límites a la duración diaria y semanal de trabajo, reducción de la semana laboral si la productividad lo permite, los días festivos, vacaciones anuales pagadas, eliminar los riesgos laborales, descanso semanal, informar de los aspectos esenciales del contrato de trabajo y controlar los riesgos asociados al trabajo nocturno.

Otro artículo de la CSE a destacar es el artículo 22 “*Derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo*”. Es decir, como detalla MONEREO, se pretende garantizar el derecho de participación de las y los trabajadores en la garantía de la SST.<sup>427</sup> Como también enfatiza en que se pretende garantizar y no sólo declarar el derecho a la SST.

Estos preceptos de la CSE se deben poner en relación con el Código Europeo de Seguridad Social<sup>428</sup>. Se pretende crear unos mínimos de seguridad social para los estados Parte del Consejo de Europa en “*asistencia médica*” y otras prestaciones fundamentales de Seguridad Social. De esta forma tanto el Código Europeo de Seguridad Social como su protocolo constituyen instrumentos fundamentales de aproximación entre los sistemas nacionales de seguridad social.

El objetivo del Código Europeo de Seguridad Social es crear un estándar de Seguridad Social entre los Estados Miembros del Consejo de Europa en asistencia médica y otras

---

<sup>427</sup> MONEREO PÉREZ, JL. “Derecho a la seguridad social e higiene en el trabajo art. 3 de la Carta social europea” AAVV *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. MONEREO ATIENZA, C. MONEREO PÉREZ J.L Edit. Comares, 2017, pág. 431-463.

<sup>428</sup> Código Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa del 16 de abril de 1964 ratificado por España el 7 de marzo de 1995, y revisado el 6 de noviembre de 1990. BOE núm. 65 de 17 de marzo de 1995 Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-6746](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1995-6746)



prestaciones fundamentales de seguridad social para poder llegar a una armonización. De esta forma, como manifiesta MONEREO el Código Europeo de Seguridad Social y su Protocolo de 17 de marzo de 1968 son instrumentos europeos fundamentales para aproximar los Sistemas Nacionales de Seguridad Social de las Partes Contratantes, los cuales podrán acogerse a normas más favorables.<sup>429</sup>

Se debe destacar el art. 7 por su relevancia con el derecho a la salud y también por su interconexión con el artículo 11 de la CSE. A cuyo tenor el art. 7 señala: *“Toda parte Contratante para la cual esté en vigor esta Parte del Código deberá garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica de carácter preventivo o curativo, conforme a los artículos siguientes de la presente Parte”*. Es en el artículo 8 donde se trata la contingencia cubierta: *“comprenderá cualquier estado mórbido, cualquiera que sea su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias.”*

Dentro del ámbito subjetivo se incluye según artículo 9 a los residentes. Es el artículo 10 el que se ocupa del catálogo de prestaciones. Los artículos 11 y 12 prescriben las condiciones a cumplir para recibir asistencia médica. Reza el artículo 12: *“las prestaciones mencionadas en el artículo 10 se concederán durante todo el transcurso de la contingencia cubierta, salvo en caso de estado mórbido, la duración de las prestaciones podrá limitarse a 26 semanas en cada caso, ahora bien las prestaciones médicas no podrán suspenderse mientras se pague una indemnización por enfermedad, y deberán adoptarse disposiciones para elevar el límite antes mencionado cuando se trate de enfermedades previstas por la legislación nacional para las que se reconoce la necesidad de un asistencia prolongada”*

## **2.2. Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El artículo 10 de la CE prescribe en su artículo 10.2 que las “normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconocen se interpretarán de

---

<sup>429</sup> MONEREO PÉREZ, J.L “Derecho a la protección a la salud artículo 11 de la Carta Social Europea” MONEREO ATIENZA, C. MONEREO PÉREZ, J.L (Dirección y coordinación) *“La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea”* op. cit Pág. 608

conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Entre estos se ha de destacar la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).<sup>430</sup>

Se ha de subrayar la relevancia que, para la vida, integridad personal, dignidad y trabajo decente tiene la atención sanitaria y el derecho a la protección a la salud. No obstante, ni una ni otro tienen reconocimiento como derecho humano en sentido estricto en las constituciones europeas. Es más, el CEDH no menciona ni la atención sanitaria ni el derecho a la protección de la salud. De hecho, en el contexto europeo no regulan pensando en una consecuencia jurídica inmediata, se difiere al futuro su cumplimiento, sin precisar un contenido mínimo.<sup>431</sup>

Es importante la contribución realizada por el TEDH ya que puede ayudar a frenar las medidas de recorte de libertades dónde se prioricen los criterios de equidad y solidaridad social. Inicialmente se centró en la aplicación de la pena de muerte según la redacción original del artículo 2 del CEDH. La abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias se produjo mediante el Protocolo número 13 de 2002.<sup>432</sup> Se toma el derecho a la vida como un valor fundamental en una sociedad democrática y la abolición de la pena de muerte un valor esencial. El Protocolo número 6 al Convenio de 1983, no excluía la pena de muerte por actos cometidos en tiempos de guerra o peligro inminente de guerra.<sup>433</sup>

Por lo que se refiere a la protección a la salud el TEDH sigue las orientaciones jurídicas sobre salud que se proclaman en el Consejo de Europa. En especial el TEDH tiene en cuenta las Recomendaciones del Comité de ministros en el sector de la salud. Se

---

<sup>430</sup> Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de 1950, enmendada por los Protocolos números 11 y 14, a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010. Disponible en <https://www.coe.int/es/web/compass/the-european-convention-on-human-rights-and-its-protocols>

<sup>431</sup> MURILLO DE LA CUEVA, E. “Derechos Humanos y atención sanitaria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Vol. 29 Extraordinario XXVIII Congreso 2019. PONENCIAS Pág. 8

<sup>432</sup> Protocolo número 13 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias. El Protocolo entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2003 y para España el 1 de abril de 2010.

<sup>433</sup> La abolición de la pena de muerte en España por cualquier circunstancia se aprobó por LO 27 de noviembre de 1995. Se produjo después que España ratificara el Protocolo número 13 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

reitera que el derecho a la salud no está garantizado por el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes contratantes en base a la obligación establecida en el artículo 8 deberían crear un marco reglamentario para obligar a los hospitales públicos y privados para adoptar medidas apropiadas para proteger la integridad física de sus pacientes y poder proporcionar a las víctimas de negligencia médica acceso a solicitar una indemnización por daños.

*“Artículo 8: Derecho al respeto a la vida privada y familiar*

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden, y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.”*

En el sentido expuesto en el anterior párrafo se delibera el Caso Vasilea contra Bulgaria (solicitud núm. 23796/10).<sup>434</sup> El asunto deriva de una demanda contra la República de Bulgaria que se presenta ante el Tribunal en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por una nacional búlgara, la Sra. Maria Ivanova Vasileva, La demandante alegaba la inexistencia en el derecho búlgaro de un sistema que garantizase eficazmente la imparcialidad de los peritos médicos en los procedimientos que se refieren a negligencias médicas. A causa de este problema se había impedido obtener una indemnización por los daños sufridos a causa de una intervención quirúrgica.

La demandante se le diagnosticó un carcinoma ductal invasivo, se sometió a una mastectomía de la mama izquierda. A través de una gammagrafía ósea y una tomografía axial computarizada se revela metástasis en la zona de la octava y novena costillas izquierdas. La demandante fue operada, se le extirpó fragmentos de la cuarta y quinta costillas izquierda, y no de la sexta, octava o novena costilla izquierda. Aunque en el

---

<sup>434</sup> TEDH Caso Vasileva contra Bulgaria (Solicitud nº23796/10) de 12 de septiembre de 2016

informe se indicó erróneamente que se había extirpado fragmentos de las costillas octava y novena. Se le extirpó la quinta costilla izquierda dónde no se habían detectado lesiones en las exploraciones y en las que no había tejido canceroso.

La demandante reclamó al Ministerio de Sanidad, pero no se encontró ninguna conducta indebida por parte del Hospital que la atendió. Con posterioridad se interpuso demanda y el Tribunal Regional de Ploviv ordenó un informe pericial. Por parte del Hospital también se solicitó otro informe pericial. En Sentencia de 11 de enero de 2006, el Tribunal Regional de Plovdiv desestimó la demanda del demandante. Indicando que el Doctor no había cometido ningún error al extirpar las partes de la cuarta y quinta costillas izquierda por haber sospechado de tejido canceroso.

Se recorrió ante el Tribunal de Apelación de Plovdiv. Se solicitaron nuevos informes periciales. Se confirmó la sentencia del Tribunal Inferior y que se había actuado conforme a la práctica médica exigida, aunque con posterioridad se probase que no contenían tejido canceroso. La demandante no consiguió sentencia conforme en casación. Se denunció con posterioridad ante el TEDH.

Éste consideró que la reclamación debía examinarse en virtud del artículo 8 de la CEDH. El TEDH consideró que no podía afirmarse que las autoridades no facilitaran a la demandante un procedimiento efectivo que le permitiese obtener una indemnización por la incidencia médica que alegaba. No se consideró infringido el artículo 8. Tanto el Tribunal regional de Plovdiv como el Tribunal de Apelación analizaron las pruebas con detalle.

La objetividad de las opiniones de los expertos cuando hay negligencia médica no puede cuestionarse automáticamente porque sean médicos que trabajan en el Sistema Nacional de Sanidad. Lo que es más importante es que se garantice su imparcialidad e independencia. En lo que respecta al acceso a los servicios de sanidad, el Tribunal considera que las autoridades nacionales están en una posición más ventajosa para realizar una buena evaluación de la materia.<sup>435</sup>

---

<sup>435</sup>Consejo de Europa. “Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Derecho al respeto a la vida privada y familiar” 2019 Pág. 25

También se puede hacer una somera referencia a sentencia del asunto Arnar Helgi Lárússon c. Islandia, núm. 23077/19, de 31 de mayo de 2022<sup>436</sup>. El motivo de su referencia es que por primera vez se consideró que una queja en relación con la falta de accesibilidad de los edificios públicos dónde se realizaban actividades culturales, eventos sociales y fiestas de la comunidad, para las personas discapacitadas se encuadra en el “ámbito” de la vida privada.

El Tribunal examinó de acuerdo con el artículo 14 en relación con el artículo 8 de la DUDH si el Estado cumplía sus obligaciones positivas según normativa internacional.

*“artículo 14 Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones públicas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.*

El TEDH señala en su fallo que el Estado ya había mejorado la accesibilidad de los edificios públicos del municipio, la falta de acceso a dos edificios en cuestión sería imponerle una carga desproporcionada e indebida. Se había dado prioridad de forma no arbitraria a las instalaciones educativas y deportivas. Además, había un compromiso del Estado de aplicar la normativa internacional en la realización gradual del acceso universal. El municipio ya había ideado una estrategia para mejorar el acceso a sus edificios y siempre dentro de un amplio margen de apreciación según la priorización de dichos proyectos y asignación de fondos disponibles<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> TEDH Case of Arnar Helgi Lárússon c. Islandia nº 23077/19, de 31 de mayo de 2022 disponible en [ARNAR HELGI LÁRUSSON v. ICELAND \(coe.int\)](#)

<sup>437</sup> CONSEJO DE EUROPA. “Síntesis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia enero-junio de 2022” 2022

### **III. EL DERECHO A LA SALUD EN EL MARCO LEGAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA**

En este capítulo la investigación se centra en la regulación jurídica del derecho a la salud en la CE y en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC). Para su desarrollo se estudiarán dichos textos legales, la doctrina iuslaboralista y la jurisprudencia principalmente la del Tribunal Constitucional. El capítulo se divide en dos partes: la primera analizará el texto constitucional y la segunda el texto autonómico. No por estar separadas dejan de guardar una íntima relación, habida cuenta de que las dos forman parte del bloque constitucional.

#### **1. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

El derecho a la protección a la salud en el texto constitucional se ubica en el Capítulo III del Título I dentro de los principios rectores de la política social y económica, en concreto en el art. 43. Sí bien es cierto como se verá que se interrelaciona con artículos de la sección I del Capítulo I, Título I, como el art. 15. Y además según el art. 10.2 del texto constitucional *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los Tratados y acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”*<sup>438</sup>

##### **1.1. La regulación jurídica del derecho a la salud en el artículo 43**

La CE dedica a la protección de la salud su art. 43. Si bien no es el único artículo que se preocupa de la salud, tomando como ejemplo se puede citar el art. 40.2. Dado el carácter interdisciplinario y complejo del concepto “salud” el art. 43 se debe relacionar con otros artículos del mismo texto constitucional.

---

<sup>438</sup> Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 BOE núm. 311, de 29 de diciembre. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

### ***1.1.1. Antecedentes del artículo 43***

El artículo 43 recoge la protección del derecho a la salud. Su regulación no es novedosa ya con anterioridad se había dictado normativa relacionada con la salud. Conviene hacer una somera referencia histórica para ubicarnos en el contexto actual y seguir la línea del objetivo de la tesis: la reformulación del derecho a la salud. Se puede señalar en primer lugar que el seguro de enfermedad se instauró en España con la Ley de 14 de diciembre de 1942.<sup>439</sup>

En este sentido en 1929, el artículo 28.5 del anteproyecto de la constitución monárquica señalaba:<sup>440</sup>: *“El estado proveerá, con el concurso de las clases interesadas, por el seguro o por otros medios la conservación de la salud y capacidad de trabajo del obrero manual o intelectual, y las consecuencias económicas de la enfermedad, la vejez y los accidentes que procedan del riesgo profesional”*.

Se observa que ya en este artículo había una separación entre prestación sanitaria y asistencia económica. Esta separación no se mantuvo ni con la Constitución de 1931<sup>441</sup> ni tampoco en el Fuero del Trabajo de 1938. No fue hasta la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 1958 que se presenta de nuevo esta separación: *Principio IX: “Todos los españoles tienen derecho a los beneficios de la asistencia y seguridad social...” Principio XII: “El Estado procurará por todos los medios a su alcance perfeccionar la salud física y moral de todos los españoles y asegurarles las más dignas condiciones de Trabajo”*.

Tanto la Ley de Bases de 1963<sup>442</sup> como los textos articulados de 1966<sup>443</sup> y 1974<sup>444</sup> siguieron en la línea iniciada en 1929 de separar prestación sanitaria y prestación

---

<sup>439</sup> Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad. BOE núm. 361 de 27 de diciembre de 1942. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1942-11840>(consulta mayo 2021).

<sup>440</sup> BORRAJO DACRUZ, E. “Artículo 43. Protección de la salud”. AA. VV *Comentarios a la Constitución Española de 1978* Tomo IV. Art. 39 a 55 de la Constitución Española de 1978. ALZAGA VILLAAMIL, O. (director) Editorial Edersa Madrid 1996, pp. 176.

<sup>441</sup> Constitución de la República Española. Gaceta de Madrid de 10 de diciembre de 1931. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1931-10008>

<sup>442</sup> Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de Seguridad Social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-22667>

económica siempre dentro del marco de la seguridad social. <sup>445</sup>Éstas últimas quedaron reguladas dentro de la incapacidad laboral transitoria y la invalidez. La prestación sanitaria se reguló en un capítulo aparte, el IV del Título II dónde se regulaban las derivadas de enfermedad común, enfermedad profesional y accidente sea o no de Trabajo (capítulo actualmente aún vigente). <sup>446</sup>

### ***1.1.2. Redacción del art. 43 en la Constitución Española***

La redacción del art 43 de la CE vigente en España no supuso ni polémica ni debate político. El motivo fue la indeterminación de su lenguaje y su ubicación en el texto constitucional. A pesar de que en textos internacionales como la DUDH o la CSE se considera un derecho fundamental, en la CE se traslada al ámbito de los principios rectores de la política social y económica, es decir “a manos del legislador de turno”. La norma tiene el margen suficiente para que la legislación dictada para su desarrollo abarque diferentes opciones políticas sin que haya un límite infranqueable a respetar, como más adelante se verá.

Sí que se tuvo en cuenta en el momento de la elaboración del artículo la definición dada por la OMS, gozar de salud no significa sólo “la ausencia de enfermedad”. Los debates de su redacción se limitaron a cuestiones terminológicas que no tenían implicaciones mayores. Hubo cambios de palabras, de hablar de “higiene y sanidad” se concretizó en “salud pública”. La idea subyacente era que el derecho a la protección de la salud individual se instaurase dentro de un sistema sanitario único en conexión con los servicios de salud pública, eso sí dentro del marco del “sistema de seguridad social”. <sup>447</sup>

---

<sup>443</sup> Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de Seguridad Social. BOE de 22 de abril de 1966 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-6647>

<sup>444</sup> Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1165>

<sup>445</sup> BORRAJO DACRUZ, E. “Artículo 43. Protección de la salud”. Op. Cit. pp. 177.

<sup>446</sup> ALONSO OLEA, M. *Las prestaciones del sistema nacional de salud*. Civitas, Madrid 1999, p. 46.

<sup>447</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Artículo 43. Protección de la salud”. Op. Cit. pp. 171.



Para intentar esclarecer dudas sobre el artículo es necesario ver el embrión de su elaboración. Por lo que se refiere a los dos primeros apartados del art. 43 en el anteproyecto constitucional (BOC de 5 enero de 1978) estableció en su art. 36<sup>448</sup>:

*“ 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

*1. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, así como garantizar las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”*

Posteriormente el informe de la ponencia constitucional dirige su actuación a sucesivas medidas preventivas y de índole prestacional.(BOC de 7 de abril de 1978):

*“2.Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene a través de medidas preventivas y prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.*

Fue en el Senado dónde se introduce el término “salud pública” y sustituye las palabras “seguridad e higiene”. El artículo quedó con el siguiente tenor literal (BOC de 6 de octubre de 1978);

*1.Se reconoce el derecho a la protección de la salud*

*2.Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.”*

Fue la redacción definitiva tanto para el Pleno del Senado (BOC de 13 de octubre de 1978) como para la Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC 28 de octubre de 1978).No se recogió la libertad de empresa en el orden sanitario para evitar repetición con el art. 38 de la CE, valga añadir que ésta goza de una una protección garantista más

---

<sup>448</sup> Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 BOE núm. 311, de 29 de diciembre. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

fuerte que la del art. 43.<sup>449</sup>(está ubicada en la sección segunda del Capítulo II del Título I).

Por lo que se refiere al tercer apartado del artículo 43 no porque esté en el punto tercero deja de ser menos importante. El anteproyecto constitucional prescribía: “*Los poderes públicos fomentan la educación física y el deporte y facilitan la ordenada utilización del ocio*” La ponencia constitucional del Congreso de los Diputados reformuló el párrafo para descartar la “*ordenada utilización del ocio*” y añadir la “*educación sanitaria*”.

De esta forma el punto 3 quedaría con la siguiente redacción (BOC de 17 de abril de 1978): “*Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte y en general la adecuada utilización del ocio*”. El Pleno del Congreso mantuvo la redacción y la redacción definitiva fue dada por la Comisión Constitucional del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978).

La educación sanitaria como apunta BORRAJO podría haber estado en el punto 2 por su importancia en garantizar la salud.<sup>450</sup> Tanto la educación como la información son base para una protección integral de la salud. Actualmente, pasados los años de su redacción, se podría reflexionar si también para garantizar la salud tanto del hombre como de la mujer si no sería necesario que se añadiera en ese punto 3, el fomento de una educación basada en la corresponsabilidad familiar y los cuidados.<sup>451</sup>

Se observa que en la protección de la salud del art. 43 no se introdujo en su redactado la *seguridad e higiene en el trabajo*, no obstante su interconexión necesaria e

---

<sup>449</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Artículo 43. Protección de la salud”. Op. Cit. pp. 170.

<sup>450</sup> BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Artículo 43. Protección de la salud”. Op. Cit. pp. 201.

<sup>451</sup> Vid. Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L1158> (consulta mayo 2021).

imprescindible. Ésta se protege en el art. 40.2. Una mala salud tendrá su repercusión en la vida laboral de las y los trabajadores y a la inversa.<sup>452</sup>

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 502/2021 de 18 de febrero<sup>453</sup>, que como apunta MONEREO<sup>454</sup> reafirma la “*fundamentalidad constitucional*” del derecho a la vida, a la salud, integridad física y psíquica de las y los trabajadores o empleados públicos en relación al medio ambiente de trabajo. Se precisa que no todo riesgo para la salud vulnera el art. 15 de la CE, sí cuando el riesgo genera un peligro grave y cierto (SSTC 62/2007, de 27 de marzo, 160/2007 de 2 de julio y 118/2019 de 6 de octubre).

### ***1.1.3. La fuerza vinculante del art. 43 de la Constitución***

El art. 43 es por antonomasia el artículo que recoge el derecho a la protección de la salud dentro del texto constitucional. Es destacable reseñar que en el plano internacional y nacional los derechos civiles y políticos han tenido siempre un mayor grado de garantía frente a su incumplimiento que los derechos sociales. España no se escapa de esta tendencia.

Lo que se ha pretendido es delimitar los derechos fundamentales únicamente a los derechos civiles dejando al margen como meros principios programáticos sin valor jurídico a los derechos sociales. No obstante esta tendencia debe entenderse superada.<sup>455</sup>

---

<sup>452</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, C.M “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”. *Actualidad laboral*, no 1 de 1992, p. 43.

<sup>453</sup> STS de 18 de febrero de 2021 núm. 502/2021 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/d8f5e262d689af0a>

<sup>454</sup> MONEREO PÉREZ, JL. “Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la pandemia covid-19” *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 3/2021 pág. 15.

<sup>455</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. “¿Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socioeconómicas del sistema”. AA. VV *En Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. Editoril Laborum, 2016. p. 881.

### **1.1.3.1. El artículo 43 como principio rector de la política social y económica**

En el momento de ubicar el art. 43 en el texto normativo, se optó por incluirlo dentro del Capítulo III del Título I “Principios rectores de la política social y económica” y no en la sección I del Capítulo I: “Derechos y libertades”. Autores como GARRIDO FALLA ponen de manifiesto con acierto que los textos fundamentales se redactan teniendo en cuenta más la repercusión política que la jurídica.<sup>456</sup>

El art. 53.3 de la CE indica en relación a los derechos reconocidos en el Capítulo III que *“informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados delante de la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”*. De esta forma aún ser derecho constitucional, su contenido queda a merced de las leyes que los desarrollen. Si se hubiese incluido en la sección primera del Capítulo I de este mismo Título I, se hubiese procurado más delimitar su contenido esencial, su desarrollo se hubiese realizado por Ley orgánica y podría haber sido objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC).

Como se vió en el capítulo I el derecho a la salud recogido en textos internacionales (DUDH y PIDESC) tiene una formulación de derecho fundamental y universalista. En el plano regional europeo así también se considera tanto por la CSE como por la CDFUE (art.35). Este modelo se destaca por la universalidad subjetiva que comprende a los trabajadores migrantes regulares e irregulares.<sup>457</sup> En consecuencia en el ordenamiento jurídico español el RD Ley 7/2018, de 27 de julio<sup>458</sup>, se puede llegar a inferir que todos los residentes legales e ilegales en el estado Español tienen igual derecho a la asistencia sanitaria. Se sigue que la mayoría de las personas inmigrantes en España tienen como inicial vía de entrada la condición de “turista”, lo que conlleva que actualmente en 14 CCAA están excluidos/das de la sanidad pública durante los tres

---

<sup>456</sup> GARRIDO FALLA, F. *Comentarios a la Constitución AAVV*. Editorial Civitats, Madrid, 1985 pág. 789.

<sup>457</sup> Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, art.25 a 29 y 35. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx> (consulta julio 2021).

<sup>458</sup> RD Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al SNS (BOE de 30 de julio de 2018) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-10752>

primeros meses, a pesar de empadronarse en un domicilio. Según la plataforma “Yo Sí Sanidad Universal” en cinco CCAA se tiene derecho a la cobertura pública directa durante los tres primeros meses: Cataluña, Baleares, Castilla-la- Mancha, y Andalucía.

Esta misma plataforma constata que el RD Ley 7/2018 no indica los Convenios Internacionales firmados por España sobre la atención a los más vulnerables y tampoco que la atención en urgencias debe ser universal. La plataforma, y en el sentido de este trabajo de investigación apuesta por una sanidad no fragmentada en sus procedimientos por las diferentes CCAA que provoca no cohesión ni equidad. Tampoco el RD Ley hace mención a la excepcionalidad de embarazadas, menores y de atención urgente.<sup>459</sup>

En este contexto con anterioridad a la aprobación del RD Ley 7/2018 el TC había dictado la Sentencia de 134/2017 de 16 de noviembre<sup>460</sup> y la Sentencia 139/2016 de 21 de julio de 2016<sup>461</sup> (que se conoce como la sanidad de los inmigrantes irregulares). En la primera Sentencia dictada se estimó parcialmente el conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno contra el Decreto núm. 114/2012 de 26 de junio “sobre régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la CCAA de Euskadi”. Este Decreto en su ámbito subjetivo de aplicación daba acogida al derecho a la asistencia sanitaria a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del SNS, en fin proteger la universalidad del sistema sanitario independientemente de su situación administrativa, dejando atrás el model basado en el aseguramiento.

La STC 139/2016 trae su causa del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del RD Ley 16/2012, de 20 de abril<sup>462</sup> El Parlamento de Navarra ponía de manifiesto que el artículo 1 de dicho

---

<sup>459</sup> Yo Sí Sanidad Universal. “El derecho a la asistencia sanitaria en las CCAA: un derecho hecho pedazos” Disponible en <https://yosisanidaduniversal.net/materiales/informes/informe-derecho-asistencia-sanitaria-comunidades-autonomas>

<sup>460</sup> STC 134/2017 de 16 de noviembre de 2017 Conflicto positivo de competencia 4540-2012. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-15179>

<sup>461</sup> STC 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012 BOE de 15 de agosto de 2016 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7904>

<sup>462</sup> RD Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. (BOE de 24 de abril).

RD Ley modificaba la protección a la salud de los inmigrantes porque se excluía a aquellos que no disponían de autorización de residencia y que sí tenían reconocida en según la LO 4/2000. En consecuencia había una vulneración del artículo 43 de la CE. El TC no se inclinó en su argumentación jurídica por la tesis de la igualdad entre todas las personas con independencia de su situación administrativa.<sup>463</sup>

Por lo que concluye la STC 139/2016 que la norma objeto de examen no ha sido legislada de forma arbitraria sino para preservar el SNS por causas económicas, aunque no tiene en cuenta la capacidad económica de los colectivos que quedan excluidos. En suma, el colectivo excluido mirado desde un punto de vista económico también podría colapsar las urgencias a las que sí tiene derecho. Como advierte ROJO TORRECILLA y se defiende en esta tesis doctoral hubo una prevalencia de los intereses económicos al derecho a la salud. Además, el fundamento de estas restricciones se suponía debía ser establecer límites al turismo sanitario, que solo afectaría a las personas ciudadanas comunitarias.<sup>464</sup>

El TC se ampara en sentencias anteriores como la STC 17/2013 (fundamento jurídico segundo) donde se diferencian derechos que corresponden a personas españolas y personas extranjeras por igual, los que son solo de titularidad de los nacionales españoles y los que se les puede atribuir a personas extranjeras “según lo que dispongan los tratados y las leyes”.<sup>465</sup> Además insiste el TC que el derecho a la salud puede ser modulado en la forma de aplicarse como señalaban Sentencias del propio Tribunal así la STC 236/2007 con remisión a la STC 95/2000 de 10 de abril<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> ROJO TORRECILLA, E. “El TC refuerza la (des) protección sanitaria de los inmigrantes en situación irregular. Notas críticas a la sentencia (con cinco votos discrepantes) y amplio recordatorio de la sentencia número 139/2016 de 21 de julio.” Blog el nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales” consultado diciembre 2022. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/el-tc-refuerza-la-des-proteccion.html>

<sup>464</sup> Idem.

<sup>465</sup> Tribunal Constitucional. STC 17/2013, de 31 de enero de 2013. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco. Con respecto entre otras Leyes a diversos preceptos de la LO14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 14/2003 de 20 de noviembre de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y integración social. BOE de 26 de febrero de 2013 (fundamento jurídico segundo) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-2167>

<sup>466</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 95/2000, de 10 de abril de 2000. Recurso de amparo 3477/96. Promovido por don José Antonio Roig Broz frente a la sentencia la Sala de lo Social del TSJ de Madrid.

Se plantea en la STC 95/2000 la vulneración de los artículos 14 y 24.1 de la CE. Se deniega a la compañera de hecho del demandante el derecho a ser beneficiaria de la asistencia sanitaria de la seguridad social, cuyo titular directo era él mismo. Señala el Tribunal en su fundamento jurídico tercero que desde su Sentencia 107/1984 de 23 de noviembre se mantiene que la expresión de libertades públicas no se puede interpretar de forma restrictiva, sino que su configuración será legal. La compañera de hecho era pareja estable de hecho del demandante y carecía de permiso de residencia.

Así las cosas, el motivo era que el visado se encontraba en período de resolución judicial sobre su exención definitiva y además como medida cautelar se había acordado su exención por Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid de 21 de diciembre de 1994. Su situación en España era provisional pero no ilegal concluye la STC por lo que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria era obligado.

En la STC 236/2007 de 7 de noviembre se planteó por primera vez ante el Tribunal la posible inconstitucionalidad de una Ley que niega el ejercicio de determinados derechos a los extranjeros que no dispusiesen de estancia o residencia en España. Siguiendo su fundamento jurídico tercero : El legislador no goza de la misma libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los derechos del Título I, se depende del concreto derecho afectado. Hay derechos que corresponden a los extranjeros por mandato constitucional en condiciones equiparables a los españoles. En otras palabras se trata de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana conforme al artículo 10.1 de la CE y entre ellos están el derecho a la vida y a la integridad física.<sup>467</sup>

---

BOE de 18 de mayo de 2000. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2000-9220](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2000-9220)

<sup>467</sup> Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2007-21162>

Resulta necesario también advertir que el TC ha señalado en sentencias como la 80/82<sup>468</sup>: que los principios rectores de la política social y económica son normativos, aunque su carácter “*ha de ser modulado en lo concerniente a los art. 39 a 52*”. La STC 32/83 de 28 de abril<sup>469</sup> indica que a pesar de que el art. 43 señala en su redacción la palabra “*Derecho*” no implica que las ciudadanas y ciudadanos puedan compeler a los poderes públicos para reclamar atención sanitaria. Como pone de manifiesto APARICIO<sup>470</sup> la elección de la palabra “*Derecho*” no comporta un verdadero derecho subjetivo.

Así pues para que una persona puede alegar ser titular de los derechos que se relacionan en el art. 43 debe esperar a que la legislación le reconozca la titularidad. Dicho en otras palabras el derecho a la protección de la salud quedaría vacío de contenido sin ley que lo desarrolle. Como bien indica Guasp, el art. 43 no sirve para “*acotar una pretensión procesal de los individuos*”<sup>471</sup> o Valera, no se trata “*de un derecho de los individuos ni un deber que pesa sobre los poderes públicos sino una función necesaria del proceso democrático.*”<sup>472</sup>

Los derechos que se reconocen en la sección III del Capítulo I deben desarrollarse por ley como se ha indicado, y no por ley orgánica lamentablemente. Se podría entrever un guiño al pluralismo político (art 1.1 de la CE). Aunque esta libertad de configuración de un derecho según partido político que esté al poder pone en tela de juicio que pueda quebrantar su verdadera esencia. Se recuerda que a nivel internacional y europeo y por interpretación hermeneutica en el ordenamiento jurídico español, se trataría de un derecho fundamental.

---

<sup>468</sup> Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 160/1982. Sentencia número 80/1982, de 20 de diciembre. «BOE» núm. 13, de 15 de enero de 1983, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1983-1580>

<sup>469</sup> Tribunal Constitucional. Conflictos positivos de competencia números 94 y 95/1982, acumulados. Sentencia número 32/1983, de 28 de abril. «BOE» núm. 117, de 17 de mayo de 1983, Disponible en: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1983-14101>

<sup>470</sup> APARICIO TOVAR, J. *La Seguridad Social y la protección de la salud*. Edit. Civitas, Madrid 1988, p.59.

<sup>471</sup> GUASP DELGADO, J., ALONSO OLEA, M. *La pretensión procesal* Editorial Civitats, Madrid 1981, pág. 25.

<sup>472</sup> VALERA DIAZ, S. “La idea del deber constitucional” *Revista Española de derecho constitucional* número 4 de 1982, pág. 84.



Tal y como indica la STC 139/2016 de 22 de julio<sup>473</sup> la naturaleza de principio rector no necesariamente debería ser una norma programática. El desarrollo del artículo 43 requiere que se regulen los términos para que las y los ciudadanos puedan acceder a las prestaciones y servicios sanitarios. El legislador debe configurar el derecho a la salud según el art. 43.2 para establecer las prestaciones sanitarias. Sentencia dónde el debate se centraba en el recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Navarra contra los artículos 1.1 y por conexión 1.2, 2.2, 3 y 5; 4.12, 13 y 14 y disposición adicional tercera y transitoria primera del RD Ley 16/2012, de 20 de abril.

La demanda argumentaba que la norma impugnada infringía el artículo 86.1 de la CE tanto lo referido a los límites materiales de una norma como a la situación de una extraordinaria y urgente necesidad. El fallo declaraba inconstitucional y nulo el nuevo artículo 3.3 de la Ley 16/2003, en base a que contenía una deslegalización de la reserva de Ley del art. 43.2 de la CE “*siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente*”. La norma hacía una remisión total al reglamento sobre la concreción o la fijación cuantitativa del umbral económico hasta el que se garantizase la cobertura de la gratuidad o bonificación de prestaciones sanitarias. Tampoco había ninguna regla que permitiese identificar quienes podrían ser asegurados.

### **1.1.3.2. El artículo 43 y su formulación de derecho fundamental**

En la doctrina iuslaboralista española siguiendo a MONEREO la protección del derecho a la salud tiene el reconocimiento de un verdadero derecho, no de un principio programático. Es universal porque abarcaría todas las personas que se encontrasen en el espacio de la Unión Europea y requiriesen su atención.<sup>474</sup> El derecho a la salud es uno de los derechos que considera a la persona en su dimensión existencial. Es un derecho social condicionado a las legislaciones y prácticas nacionales. Aunque no queda diferido

---

<sup>473</sup> Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos del RD Ley 16/2012 de 20 de abril. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7904> (Consulta agosto 2021).

<sup>474</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación” AA. VV. *Asociación Española de Salud y Seguridad Social: Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, PEREZ BUENO L.C, LORENZO GARCÍA, R. (coordinadores) Edit. Laborum, 2016, p. 836.

sin más a los Estados. Estos se deberían basar en el PIDESC art. 12, la CSE y los Convenios de la OIT.<sup>475</sup>

En el ordenamiento jurídico español para que el art. 43 tenga fuerza jurídica de derecho fundamental subjetivo de la persona se debe acudir a la conexión con el art. 15 de la CE (derecho a la vida y a la integridad física). Y además realizar una interpretación hermeneutica vía art. 10.2: la interpretación se deberá realizar en base a la “*DUDH y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España*”.sin perjuicio del art. 96 que prescribe que los *Tratados y Acuerdos Internacionales válidamente celebrados una vez publicados en los diarios oficiales formaran parte del ordenamiento interno*.

En el recurso de inconstitucionalidad 139/2016 interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del RD Ley 16/2012 de 20 de abril.<sup>476</sup> es de destacar el voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Re al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita. Pone de relieve el Magistrado que el término “*afectación a los derechos reconocidos en el Título I*” del art. 86.1 de la CE ha de respetar el límite material. Según su argumentación afecta al derecho a la salud, ya que éste se halla en “*conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 de la CE entre los art. 43 y 15, recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral de los individuos*”.

Se destaca la Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel de 3 de junio de 2020<sup>477</sup> la fundamentación jurídica se centró en la tutela de derechos fundamentales y en la

---

<sup>475</sup> OIT. Convenio 102 de la OIT sobre Norma mínima de Seguridad Social. En su art. 10 garantiza un contenido mínimo de las prestaciones sanitarias. OIT. *El Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)*, 1952 (núm. 102). Disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID,P12100\\_LANG\\_CODE:312247,es](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312247,es)

<sup>476</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. BOE 15 de agosto de 2016, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7904>

<sup>477</sup> Juzgado de lo Social. Teruel. Resolución 60/2020. Conflicto colectivo. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/509369c30525cef4>

prevención de riesgos laborales. Mantuvo que la administración autónoma de Aragón conservaba en todo momento la gestión de los Servicios sanitarios y su adecuado funcionamiento. Por lo que debía proteger a todo su personal de los riesgos laborales. Los hechos tienen su causa en la pandemia del virus COVID19, que no es óbice para no seguir protegiendo a las y los empleados, y más si cabe a los sanitarios, para evitar el contagio, y su afectación en su vida y salud.

La magistrada del Juzgado de lo Social con brillantez evidencia que existe una íntima relación entre la salud y la integridad física, art. 15 de la CE si se genera un riesgo grave para la salud al no cumplir el deber de prevención de riesgos laborales. Enfatiza la Magistrada que no es supuesto de fuerza mayor por los reiterados anuncios de la OMS que se produjeron y que las administraciones debieron prever actuando y contando con suficientes EPIS.

Sea como fuere, en la aplicación de las normas tanto la administración como los tribunales están obligados a una interpretación de acuerdo a un juicio de razonabilidad, es decir una interpretación acorde con los valores constitucionales. Y qué mayor expresión de la dignidad humana que la salud.<sup>478</sup> El derecho a la protección de la salud es un derecho social fundamental de desmercantilización y de carácter primario, presupuesto básico para una vida digna. (art. 10.1 de la CE) y pleno ejercicio de todos sus derechos fundamentales.<sup>479</sup>

### **1.1.3.3. La dispersión en el Título I de la CE del derecho a la salud y Seguridad social**

La CE ha sido criticada por una regulación confusa de los derechos fundamentales. Se regulan de manera indiferenciada derechos fundamentales, prestaciones y libertades públicas. Como subraya MONTROYA MELGAR: “*la sistematización de los derechos y*

---

<sup>478</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 95/2000, de 10 de abril de 2000. BOE, de 18 de mayo de 2000 Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2000-9220](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2000-9220). En la misma se indica expresamente: “*la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales*”.

<sup>479</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación” AA. VV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* PÉREZ BUENO. L.C, LORENZO GARCÍA, R. (coord.) Editorial laborum, Murcia 2016 p. 838.

*libertades está hecha sin atenerse a un método riguroso*”<sup>480</sup>. Se debe tener presente que el Título I recoge todo el catálogo de derechos fundamentales, por lo que es un sistema de valores y principios que han de informar el ordenamiento jurídico.

Insiste APARICIO<sup>481</sup> que categorizar con el título “*Derecho*” en el art. 43 de la CE no basta. La salud es básica para que el resto de derechos fundamentales puedan materializarse. El art. 53 de la CE define el sistema de garantías de los derechos según el capítulo dónde se hayan incluido. Dentro de esta escala parecería que hay otros derechos como el de libertad de empresa que se acercarían más a la dignidad humana que la protección de la salud. Por su parte MONEREO pone el énfasis en que el derecho a la salud se resuelve en un conjunto de prestaciones sociales públicas de carácter preventivo, reparador y asistencial.<sup>482</sup>

Ciertamente, el tratamiento de la seguridad social en el texto constitucional es disperso en el articulado del título I. A pesar de esta disgregación forman parte de un mismo bloque normativo constitucional. Esta disgregación por ramas de protección comparte estructura con otras normativas europeas del momento.<sup>483</sup> La protección de la salud en concreto se configura como rama protectora de la seguridad social en un derecho social fundamental de carácter primario. El derecho a su protección impondrá a los poderes públicos la obligación de que en vía jurídica y política del derecho se garanticen efectivamente los servicios, prestaciones y cuidados exigidos para una total protección.

484

Efectivamente de acuerdo a lo visto y siguiendo a la doctrina iuslaboralista española y la normativa internacional se debería concluir que la protección del derecho a la salud constituye un derecho social fundamental. El sistema de garantías que la CE le proporciona debido a su ubicación no debe ser presupuesto para su merma jurídica. Es

---

<sup>480</sup> MONTOYA MELGAR, A, “Ejercicio y garantía de los derechos fundamentales en materia laboral” *Revista de Política Social* núm. 121 de 1979, p. 318.

<sup>481</sup> APARICIO TOVAR, J. *La Seguridad Social y la protección de la salud*. Op. Cit. Pág. 60

<sup>482</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación” *Op.cit*, 2016, p. 838.

<sup>483</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación” *Op.cit*, 2016, p. 844.

<sup>484</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación” *Op.cit*, 2016, p. 845.

urgente acoger una interpretación sistemática y finalista de la CE en conjunto y teniendo como premisa sus valores, principalmente la dignidad, de acuerdo a un estado social y democrático de derecho. Por lo que, ¿se podría estudiar un cambio del art. 43 de ubicación a la sección primera del capítulo I, Título I de la Constitución? <sup>485</sup>

#### ***1.1.4. Ámbito subjetivo del derecho a la salud***

El derecho a la salud es un derecho social fundamental y universal. Es un derecho intrínseco a la persona humana, el más alto reconocimiento a la dignidad. El derecho a la protección a la salud no sólo queda regulado en el art. 43, así el art. 40.2 en relación con las condiciones laborales en el entorno de trabajo, ciudadanos de la tercera edad (art. 50), consumidores y usuarios (art.51) o la madre y los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. Se podría decir que es la antesala al resto de derechos, tanto los civiles y políticos como los sociales, de ahí su conexión con el derecho al art. 15, el cual protege el derecho a la vida e integridad física y moral.

Para no perder el hilo conductor central de este trabajo de investigación se verá el ámbito subjetivo del derecho a la protección del art. 43 de la CE, aunque como se han dicho la salud es la antesala del resto de derechos. Se debe tener presente que la salud es el bien máspreciado que tenemos, su conversión en bien jurídico y su protección debe ser siempre prioritaria.

Sería inabarcable proteger a los y las ciudadanas de un estado de salud completo, éste comprende muchos factores entre ellos genéticos, culturales, formas de vida, etc. En base a normativa internacional ya vista ut supra lo que se deberá realizar por parte de los Estados es procurar el nivel más alto posible de salud para todas y todos Es una obligación de medios pero no de resultados.

Si se analiza el art. 43 se puede apreciar que tiene tres apartados claramente diferenciados aunque interconectados. En primer lugar el núcleo esencial se encuentra

---

<sup>485</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. “¿Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socioeconómicas del sistema” op. cit. p. 881.

en el primer apartado en dónde se expresa la protección de la salud en su vertiente individual, por lo que el ámbito subjetivo sería el individuo.

En segundo lugar el segundo párrafo se regularía la protección de la sanidad colectiva, es decir la que afecta a una colectividad, pero que al final el resultado también recaería en el individuo. En tercer lugar el último punto apunta también a la colectividad, poniendo énfasis el legislador en la educación sanitaria, educación física y deporte. Se añade que los poderes públicos “*promoverán una adecuada utilización del ocio*”. Una parcela que forma parte de la libertad individual del ciudadano como es el ocio se eleva a determinante de la salud.<sup>486</sup>

#### **1.1.4.1. La protección de la salud y el individuo**

Si se realiza una lectura literal del primer apartado del art. 43: “*Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*” se transmite que el derecho a la protección de la salud sería amplio, abarcando a todas y todos los residentes en territorio nacional. No es baladí recordar que para que sea una inclusión efectiva y no sólo teórica se deberían tener en cuenta los determinantes básicos de la salud, en especial el principio de igualdad.

Como se ha estudiado en el anterior apartado de este capítulo referido a la ubicación del art. 43, ubicar éste en los principios rectores de la política social y económica, con una garantía de protección debilitada deja en manos del legislador en cada momento su configuración legal. Así pues en el 2012 mediante Real Decreto Ley<sup>487</sup> se limitó el carácter universal de la asistencia sanitaria, recortando lo que en años anteriores se había ido logrando. Quedaba sesgada de pleno la universalidad. El art. 43 no tiene un contenido esencial, irreductible legalmente plasmado en un texto normativo en el ordenamiento jurídico español lo que en ocasiones hace que la práctica legislativa pueda “innovar” a costa de la salud.

---

<sup>486</sup> *Ibidem.*, p. 1554

<sup>487</sup> Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. BOE de 24/04/2012. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/04/20/16/con>

La protección a la salud es un derecho no un simple principio programático por lo que el legislador no puede obviar los valores constitucionales y el resto de su articulado. Como tampoco puede obviar los Tratados que el Estado español haya ratificado. Así pues cuando el art. 3 de la CDFUE habla de “*toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica*” se puede inferir la obligación al Estado de poner límites en el mercado económico en todo lo referido a la protección de la salud, que impere la solidaridad y no el interés individualista.<sup>488</sup>

Como bien expone MONEREO es necesario hacer prevalecer la racionalidad social sobre la racionalidad económica que coexisten inevitablemente. Supone un límite intrínseco para que el derecho a la salud deje de estar condicionado, ya sea por temas de carácter económico o con propuestas de remercantilización de los modos de satisfacción del mismo. Estos límites que se impondrán tanto a poderes públicos como particulares se observan por ejemplo en <sup>489</sup> el art. 3.2 de la CDFUE que establece límites en el campo de la medicina- biología.

En los Autos del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 2012 y de 8 de abril de 2014 se afirmaba que del art. 43 se deriva el deber de los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección a la salud. Señala BELTRÁN que la falta de asistencia de determinados colectivos podría dar lugar a enfermedades contagiosas que afectasen a la sociedad en su conjunto. Las personas que quedan excluidas del concepto de asegurado pagan sus impuestos por lo que también financian la sanidad pública.<sup>490</sup>

Así pues en la STC 62/2007<sup>491</sup> se vulnera el derecho a la salud por omisión de la administración actuando como empresaria. Es una sentencia destacable por marcar a partir de ese momento una tutela más protectora del derecho a la salud. El caso

---

<sup>488</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación” AA. VV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* PÉREZ BUENO. L.C, LORENZO GARCÍA, R. (coord.) Editorial laborum, Murcia 2016 p. 838.

<sup>489</sup> *Ibidem.*, p. 839.

<sup>490</sup> BELTRÁN AGUIRRE, JI. “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, no 5, p. 5-8.

<sup>491</sup> Tribunal constitucional. Sentencia de 62/2007 de 27 de marzo. Recurso de amparo. BOE de 26 de abril de 2007 Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/de-DE/Resolucion/Show/6029>

enjuiciado versa sobre una funcionaria embarazada que alegaba perjuicios a su salud si permanecía en su puesto de Trabajo. La empleadora-administración omitió cualquier tipo de actuación. Hay un deber del empresario de actuar para proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales. Se concedió y estimo el recurso de amparo por vulneración de la integridad física cuando en el fondo se protegía el derecho a la salud.

El TC pueda proteger el derecho a la salud por interconexión con el art. 15 CE se debe de tratar de riesgos o peligros graves. La casuística es la que impera analizando caso por caso. Resultaría paradójico que a causa de proteger el derecho a la salud por interconexión con el artículo 15 se redujera el contenido del derecho a la salud a casos de gravedad.<sup>492</sup>

La jurisprudencia del TC sobre el artículo 43 no es abundante ya que al ser un principio rector de la política social y económica no es susceptible de recurso de amparo ante el TC. Así pues, el TC ha podido analizar el artículo en base a la conexión con el derecho a la vida e integridad física y la distribución de competencias Estado- CCAA.<sup>493</sup>

En el supuesto de los inmigrantes se puede considerar que al amparo del art. 13.1 de la CE, la relación entre españoles y extranjeros distingue distintos estatutos de autonomía.<sup>494</sup> No obstante atendiendo al art. 43, se reconoce el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. La ley tiene mayor ámbito para delimitar su contenido y alcance, aunque respetando el contenido esencial del derecho sin desconstitucionalizarlo. El derecho a asistencia sanitaria está vinculado más a la necesidad,

---

<sup>492</sup> ESCOBAR ROCA, G. “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español” *Informe presentado por la Revista Catalana de Dret Públic para el Informe General sobre el derecho a la salud presentado por la Red de Revistas de Derecho Constitucional en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional Jorge Carpizo, a celebrarse en Tucumán, Argentina, del 17 al 19 de septiembre de 2013*. Disponible en <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/09/13/el-derecho-a-la-salud-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-espanol-guillermo-escobar/> (consulta agosto 2021).

<sup>493</sup> Idem.

<sup>494</sup> MOLINA NAVARRETE, C; MONEREO PÉREZ, JL. “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”. AA. VV *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. MOLINA NAVARRETE, C, MONEREO PÉREZ JL, MORENO VIDA, MN (coord.) Edit. Comares, Granada, 2002 p. 211-223.



dignidad y apunta MONEREO que deberían tener las mismas garantías que los derechos de participación política y libertad de circulación.<sup>495</sup>

La jurisprudencia ha situado a los extranjeros en una situación de plenitud: derecho a la vida y a la integridad física y moral<sup>496</sup>. Por lo que el art. 43 al reconocer el derecho a la protección de la salud sin hacer referencia a sus titulares, sean o no nacionales, debería proyectarse no sólo sobre los ciudadanos en general, sino sobre cualesquiera que ostente la condición de persona. La STC 95/2000, de 10 de abril<sup>497</sup> en la que se debatía si la cónyuge del demandante de amparo cumplía la condición exigida a los extranjeros por el art. 1.2 de la Ley 14/1986 para poder acceder al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria. (residencia en territorio nacional) se subrayó que dentro de los principios rectores de la política social y económica eran admisibles diferencias “ *es admisible que se fijen diferencias respecto de los nacionales.*”

A pesar de todo la sentencia citada en el párrafo anterior se refiere a que las decisiones judiciales deben adecuarse a los bienes, derechos y principios constitucionales, en lo que se incluye que los principios rectores no son normas sin contenido jurídico (se debe reconocimiento, respeto y protección art. 53.3 CE).

Debería de centrarse el debate tomando como punto de partida el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y su relación con el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). “*No se puede competir en situaciones de igualdad cuando la salud no acompaña.*”<sup>498</sup>

---

<sup>495</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MONEREO PÉREZ, José Luis. “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma” pactada”. *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2003, no 8, p. 111-112.

<sup>496</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, S. “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de la asistencia sanitaria: la posible universalidad de la asistencia sanitaria pública en el ámbito autonómico. AA. VV En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. PÉREZ BUENO. L.C, LORENZO GARCÍA, R. (coord.) Editorial laborum, Murcia 2016 pág. 786.

<sup>497</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 95/2000, de 10 de abril de 2000. Recurso de amparo 3.477/96. Fundamento jurídico tercero. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/ES/Resolucion/Show/4079>

<sup>498</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, S. “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de la asistencia sanitaria: la posible universalidad de la asistencia sanitaria pública en el ámbito autonómico”. Op cit.pàg. 786

Se refiere MONEREO que todas las personas son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en normativa internacional. No cabría separar si hablamos de asistencia sanitaria como derecho subjetivo del derecho reconocido en el art. 41 CE al reconocido en el art. 43. Objeta MONEREO que diferente sería que el derecho a la asistencia sanitaria se prestase mediante el Sistema Nacional de Salud, como rama protectora separada de la seguridad social.<sup>499</sup>

Siguiendo a MONEREO<sup>500</sup> el derecho a la salud es un derecho de ciudadanía, universal, que no debería ir aunado a requisitos como la residencia, de esta forma se extiende a personas que se encuentren irregularment en España. El derecho a la salud se concretaría en la asistencia sanitaria, pilar fundamental del constitucionalismo democrático.

A pesar de esta previsión la STS de 13 de mayo de 2019 (núm. 364/2019)<sup>501</sup> señalaba que padres y madres de ciudadanos españoles debían gozar de seguro privado para cubrir la asistencia sanitaria. La justificación dada era económica. Actualmente las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española.

El problema estriba si a raíz de la sentencia comentada en el párrafo anterior el extranjero que reúne los requisitos para residir en España tiene derecho a asistencia sanitaria. Por lo que aún quedan interrogantes que dilucidar después de la promulgación del RD Ley 7/2018<sup>502</sup>. Apunta MONEREO que existe hoy en día una concepción restrictiva del concepto de “ciudadanía” y a la atribución subjetiva de derechos como la salud (en el sentido iusliberal tradicional de “ciudadanía nacional”) y una racionalidad mercantilizadora de mercado de trabajo, contraria al respeto al derecho

---

<sup>499</sup> MONEREO PÉREZ, JL, INSUA LÓPEZ BM. “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico crítico a la sentencia del TS de 13 de mayo de 2019” *Agencia Estatal del BOE. Revista de Jurisprudencia Laboral, número 6/2019* Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-0000000587](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-0000000587) (consulta septiembre de 2021).

<sup>500</sup> Idem.

<sup>501</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Número de recurso 4622/2017 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/db8d60bcbf6b9d45/20190624>

<sup>502</sup> RD Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE de 30 de julio de 2018) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-10752>

a la salud y asistencia sanitaria. El título de atribución subjetiva plena se debe alienar con el título de atribución subjetiva plena de los derechos de protección social de las personas migrantes, vinculado a la persona como tal y a la condición de residencia.<sup>503</sup>

La protección a la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria que englobaría a todas y todos los ciudadanos. Son un pilar fundamental del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y el derecho a la salud como un derecho humano fundamental primario y esencial.<sup>504</sup> En consecuencia un inmigrante irregular actualmente tiene derecho a la protección a la salud, las y los extranjeros que cumplan todos los requisitos legales son excluidos del SNS. Se valora según la sentencia que una persona inmigrante con residencia legal se valora la condición de asegurada. El TS dictamina que los padres y madres de ciudadanos y ciudadanas españolas han de contar con prestación sanitaria por vía de seguro privado por factores económicos.

#### **1.1.4.2. La protección de la salud pública**

Es preciso diferenciar el primer párrafo del art. 43, con los dos siguientes. El primero queda enmarcado en la salud individual. Los dos siguientes también relacionados con la salud, se engloban en la salud pública. En base a lo prescrito en estos preceptos se ha dictado prolija jurisprudencia:

*“2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

1 *Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio.”*

---

<sup>503</sup> MONEREO PÉREZ, JL, INSUA LÓPEZ BM. “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico crítico a la sentencia del TS de 13 de mayo de 2019” *Agencia Estatal del BOE. Revista de Jurisprudencia Laboral, número 6/2019* Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000587](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000587) (consulta septiembre de 2021).

<sup>504</sup> Idem.

En el preámbulo de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante Ley General de Salud Pública)<sup>505</sup> se argumenta que en la CE dio un gran paso al encomendar a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública. Tradicionalmente el derecho a la protección de la salud se había interpretado como derecho a recibir cuidados sanitarios frente a la enfermedad. No fue hasta la Ley 14/1986 de 25 de abril<sup>506</sup> que establece en uno de sus principios generales la prevención y promoción de la salud.

El art. 1.2 define la salud pública “*conjunto de actividades organizadas por las administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad, así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales.*”

El art. 43.2 compele a los poderes públicos a medidas de salud pública, de higiene, preventivas. Se ve necesario acudir al poder público para un mejor control de medidas como en situaciones de pandemia (confinamientos que limitan la libertad de movimiento<sup>507</sup>), sírvase de ejemplo el COVID19, o para medidas de salubridad como puede ser el agua potable.<sup>508</sup> Las entidades locales disponen de competencias básicas en materia de salud pública recogidas en la Ley 7/1985 de 2 de abril, de bases del régimen local.<sup>509</sup>

En base a lo indicado en el párrafo anterior las y los ciudadanos podrían exigir la implantación del servicio público o una vez implantado reclamar según su normativa reguladora. Como manifiesta APARICIO en el ámbito de la salud pública (lo mismo se podría interpretar del art. 43.3 de la CE) la posición del sujeto no queda claramente

---

<sup>505</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. BOE de 5 de octubre de 2011. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>

<sup>506</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE de 29 de abril de 1986 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>

<sup>507</sup> Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.. BOE de 29 de abril de 1986. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1986/04/14/3/con>

<sup>508</sup> APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección a la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”. *Comentarios a la constitución socioeconómica de España* AAVV. MOLINA NAVARRETE, C.; MONEREO PÉREZ, JL. MORENO VIDA, MN. (coord.) Editorial Comares, Granada, 2002. p. 1561.

<sup>509</sup> Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. BOE de 3 de abril de 1985. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1985/04/02/7/con>

garantizada con derechos subjetivos como sí ocurre con las prestaciones de la seguridad social .<sup>510</sup>

El Tribunal Constitucional ha sido prolijo en la resolución de sentencias en relación al art. 43.2 así en la STC 83/2014 de 29 de mayo<sup>511</sup> recalca el interés público que subyace a la prestación farmacéutica. Las oficinas de farmacia colaboran con el Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS) en la prestación farmacéutica y dispensación de medicamentos. Los antecedentes de hecho que resultan o tienen su origen cuando el Colegio de Farmacéuticos de Las Palmas de Gran Canaria gira una liquidación a la demandante, titular de una oficina de farmacia por la primera facturación mensual que practicaba por el Colegio, tras la aprobación del Decreto Ley 5/2000, de 23 de junio.<sup>512</sup> Señala el TC que el Estado no ha recurrido a su poder tributario para establecer una nueva forma de contribución al sostenimiento de los gastos públicos.

Lo que ha realizado es poner su poder de gasto al Servicio de una concreta política farmacéutica para así garantizar un uso racional del medicamento (artículo 43 CE) y realizar una distribución de recursos públicos escasos. Las farmacias son imprescindibles en la realización de la asistencia farmacéutica para garantizar la salud pública en base al artículo 43.2 CE. Son establecimientos sanitarios privados de interés público que forman parte de la planificación sanitaria. El Estado siguiendo el artículo 149.16 de la CE puede actuar sobre los precios de los medicamentos como sobre los márgenes de las farmacias por el interés público protegido. Se aprecia también por el TC la extraordinaria y urgente necesidad para la aprobación del Decreto Ley y su no afectación a un deber constitucional (art. 86 CE). En el fallo se afirma la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

---

<sup>510</sup> APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección a la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”. Op.cit. p. 1561.

<sup>511</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 83/2014 de 29 de mayo (BOE de 24 de junio de 2014) Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23973>

<sup>512</sup> Real Decreto Ley 5/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público de racionalización del Uso de medicamentos. BOE 24 de junio de 2000 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-11835>

De fecha más reciente la STC 183/2021<sup>513</sup>, de 27 de octubre de 2021 se consideraban las medidas que se contenían en el RD 926/2020<sup>514</sup> proporcionadas a la preservación de la vida y de la salud pública, (art. 43.2.) La STC trae su origen del recurso de inconstitucionalidad 5342-2020 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados respecto de diversos preceptos del RD 926/2020, de 25 de octubre por el que se declaró el estado de alarma, la Resolución de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el citado RD, y el artículo 2, la disposición transitòria única y la disposición final primera del RD 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se declaró de alarma declarado por el RD 926/2020.

La STC estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad. Consideró adecuadas las medidas que se establecieron para hacer frente a la pandèmia y a la evolución de la incidència. Se intentaba evitar la transmisión del virus y evitar el col-lapso de los sistemas de salud. Son medidas proporcionadas a la consecución de un fin constitucionalment legítimo, de interés general para la comunidad como la preservación de la vida (artículo 15) y de la salud pública (art. 43.2).

Destacar también la STSJ Galicia 606/2021, de 20 de octubre de 2021<sup>515</sup> dónde se prescribe que no se debe olvidar que en base al art. 43.2 de la CE los poderes públicos deben organizar y tutelar la salud pública mediante medidas preventivas y la prestación de servicios necesarios. En el caso enjuiciado sobre la tutela del derecho fundamental de huelga convocada para el 8 de marzo de 2021 en la fijación de servicios mínimos en centros educativos.

---

<sup>513</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 183/2021 de 27 de octubre de 2021. Recurso de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos del RD 926/2020 de 25 de octubre y 956/2020 de 3 de noviembre. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-19512> (consultado agosto 2021).

<sup>514</sup> RD 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2. BOE de 25 de octubre de 2020 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-12898>

<sup>515</sup> Sentencia del TSJ de Galicia. Procedimiento derechos fundamentales. Resolución 606/2021. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3a5e82ad3402bdd8/20211228> (consultado noviembre 2021).

Manifiesta la Resolución que los servicios mínimos durante la pandemia del COVID-19 deben ser los que permiten el cumplimiento de las medidas preventivas (fijadas por las Autoridades competentes para proteger la salud de la población en general). Por lo que señala la Resolución que es lógico que los servicios mínimos en caso de huelgas sean más rigurosos y extensos en Centros y dependencias públicas.

Por su parte el art. 43.3 no ha tenido apenas tratamiento jurisprudencial. Se puede mencionar la STC 194/1998 de 1 de octubre<sup>516</sup> en relación a la colegiación de profesores de educación física que trabajan en centros docentes privados y su posible contradicción con la libertad de asociación y derecho de igualdad. Se trata de un recurso de amparo avocado al Pleno 2514/1989 contra la sentencia del Juzgado de Instrucción número 3 de Badajoz.

Los hechos de la STC 194/1998 trae su causa en qué el demandante en amparo fue denunciado por el Delegado Provincial del Colegio Oficial de Profesores y Licenciados de Educación Física por un supuesto delito de intrusismo, al estar ejerciendo la Función de Profesor de Educación Física en la Escuela Privada de Formación Profesional “Virgen de Guadupe”, de Badajoz, sin estar colegiado. El fallo de la sentencia fue la desestimación del recurso de amparo.

En el fundamento jurídico siete se destaca el papel de la salud física y el deporte dónde se manifiesta el mandato de los poderes públicos para fomentarlos.<sup>517</sup> Desde la perspectiva de la actividad profesional se puede justificar la legitimidad de la adscripción obligatoria de las y los Profesores de Educación Física. Dado que la CE exhorta un mandato a los poderes públicos para fomentar la educación física y el deporte (art. 43.3 CE), actividades vinculadas con la protección a la salud. No pasa desapercibido que los destinatarios de estas actividades son los menores de edad y requiere preparación y responsabilidad. En consecuencia queda legitimada la norma que impone la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión.

---

<sup>516</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 194/1998 de 1 de octubre de 1998. Recurso de amparo. BOE de 30 de octubre de 1998. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1998-24940](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1998-24940)

<sup>517</sup> SANTIAGO REDONDO, K. “Artículo 43” AAVV. *Comentarios a la Constitución Española* RODRIGUEZ M. FERRER, B. CASAS BAAMONDE. ME. (directores) Tomo I Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución. Edita: Fundación Wolter Kluwer, BOE, TC y Ministerio de Justicia., Madrid, 2018 pág. 1346.

La inserción en el apartado 3 del art. 43 porque aunque sí tenga conexión con el ejercicio físico, parece tener mayor conexión con la cultura por ejemplo. Por supuesto no se escapa que una buena reordenación del ocio influye en la salud no deja de ser la otra cara de la moneda del derecho y el deber de trabajar. En este seguido se debería interpretar “adecuada utilización del ocio”.<sup>518</sup>

El fomento de la educación sanitaria es el complemento del art. 43.1. Los poderes públicos deben facilitar los medios para hacer realidad la protección a la salud. Una buena educación sanitaria informa sobre los medios, difunde buenos hábitos, cuidados de la salud, practicas personales, etc. Siguiendo a GARRIDO FALLA quizá se hubiese podido incluir la materia de educación sanitaria en el art. 43.1.<sup>519</sup>

## **1.2. El artículo 43 y su posible contenido irreductible**

Si la protección a la salud se considerase como así ocurre en normativa internacional derecho fundamental debería tener un mínimo irreductible intangible. Efectivamente no se trata de no dejar margen de apreciación política al legislador si no, de respetar un contenido esencial en la legislación de la protección al derecho a la salud.

El núcleo irreductible del derecho a la salud podría ser una interpretación sistemática del texto constitucional. Aunque sí se aprecia en el artículo ciertos indicios que podrían servir para dar forma a ese mínimo irreductible. Al señalar en el párrafo 2 del artículo 43 “*poderes públicos*” limita la privatización de la gestión de la asistencia sanitaria. Otra palabra clave es “*todos*”, dónde no hay exclusión ni posible discriminación a colectivos de personas.<sup>520</sup>

Al configurar este núcleo esencial cabría poner de relieve artículos de la CE que interactúan en esta interpretación sistemática. De gran importancia el art. 41, la cláusula del estado social y democrático de derecho (art. 1.1 y 9.2), y el art. 10.2 dónde se prescribe que los derechos fundamentales y libertades que la constitución reconoce “*se*

---

<sup>518</sup> ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentario sistemático a la constitución española de 1978* Ediciones del Foro, Madrid, 1978 Pág. 318 y 319.

<sup>519</sup> GARRIDO FALLA. E. *Comentarios a la constitución* op. Cit. Pag. 796.

<sup>520</sup> *Ibidem*. 882.



*interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

El TC avala este reenvío, así señala que la libertad del legislador no es en absoluta sino que se derivan límites que provienen de los Tratados Internacionales. Además los Tratados y derecho comunitario son referenciales para concretizar el sentido y alcance de los derechos y libertades.<sup>521</sup> Se puede dejar margen dentro de lo que sería un estado plural y democrático sin que se desvirtúe un derecho que a nivel internacional sí es considerado derecho fundamental.

En el capítulo I de este Trabajo de investigación se estudio el PIDESC y la Observación General núm. 14 dónde su concreción en sus prescripciones podrían ayudar a una posible y ambiciosa revisión del artículo 43 de la CE, junto con un cambio de ubicación en el texto constitucional.<sup>522</sup> Su ubicación y redactado actual dificultan su deseada configuración constitucional como derecho fundamental. Sírvese de ejemplo la sentencia STC 64/1991 de 22 de marzo *“no convierte a tales tratados y acuerdos Internacionales en canón autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales . Si así fuera sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones Internacionales de derechos humanos.”*<sup>523</sup>

Si se apuesta por una protección multinivel de derechos se incorpora una visión universalista en el contenido esencial de la protección a la salud y se dibuja el ansiado contenido material y su carácter público. Ciertamente el no ser considerado derecho fundamental en el texto constitucional provoca inseguridad jurídica, y cambios legislativos imprecisos.

---

<sup>521</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 236/2007 de 7 de noviembre (fdt. Jurídico 5) Boe de 10 de diciembre de 2007 SENTENCIA IMPORTANT. FDTO. JURÍDICO 5: EL ART. 10.2 NO DA RANGO CONSTITUCIONAL. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6203>

<sup>522</sup> RODRÍGUEZ RICO ROLDAN, V. “¿Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: Propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socioeconómicas del sistema.” AAVV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* Editorial Laborum, Murcia 2016 p.883.

<sup>523</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 64/1991, de 22 de marzo. BOE de 24 de abril de 1991) fdto. Jurídico 4 Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1703>

El núcleo esencial del derecho a la salud, debería comprender la asistencia sanitaria completa y gratuita de todas las personas que se encuentren en España. No sería plausible empobrecerse para recibir asistencia sanitaria privada o pública vía copagos. El contenido irreductible siguiendo debe comportar la universalidad. La salud está muy estrechamente unida a la dignidad de la persona para poder autorrealizarse.<sup>524</sup>

Para finalizar este apartado se trae a colación el brillante voto particular formulado por la Ilma. Sra. María Rosario García Álvarez a la sentencia dictada en el recurso 2956/07.<sup>525</sup> El fundamento del voto particular es no haber considerado el derecho a la salud un derecho fundamental. En este sentido y por lo que se refiere al hilo de este apartado pudiera ser lo que en él se describe un apunte delimitador del contenido esencial de la deseada consideración como derecho fundamental de la protección a la salud.

Recalca que el ordenamiento jurídico está integrado por textos legales (vía arts. 10.2, 93 y 96) que consagran el derecho a la salud como derecho fundamental, así el DUDH o el PIDESC aportan estándares mínimos por los que la comunidad internacional no debe sobrepasar, sin olvidar la definición de salud que el preámbulo de la constitución de la OMS ofrece (además destacar la nota descriptiva sobre el Derecho a la Salud número 323 (agosto 2007)). En el ámbito de la Unión Europea ya el art. 152 del Tratado de la CE subrayaba señala que al definirse las políticas de la UE se debe garantizar un alto nivel de protección de la salud humana. También el Consejo de Europa se hace eco de la protección a la salud en el art. 35 de la CDFUE (ya vista en diferentes apartados de

---

<sup>524</sup> BELTRÁN AGUIRRE, JI. “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”. Op.cit, p. 7.

<sup>525</sup>STSJ de Madrid 796/2007, de 4 de diciembre de número de resolución 796/2007 mayo 2021.

Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/35093ea8c197de77/20080911>

Se adhieren al voto particular el Ilmo. Sr. D. Manuel Ruiz Pontones, la Ilma. Sra. Doña María Virginia García Alarcón y el Ilmo. Sr. Don Miguel Moreiras Caballero.

este trabajo)<sup>526</sup>, o en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y no es de más señalar el art. II 95 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.<sup>527</sup>.

Siguiendo con el mencionado voto particular insiste la Magistrada en la importancia de la salud como condicionante de la calidad de vida de los ciudadanos. La Unión Europea ha realizado diversos programas para su protección por citar uno el Libro Blanco Juntos por la Salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013) que se presentó por la Comisión el 23 de octubre de 2007. La protección multinivel de derechos se hace fundamental por todos los ámbitos en los que salud está relacionada. Como bien señala la Magistrada la salud es requisito para la productividad y prosperidad económica (Indicador Estructural).

### **1.3. El artículo 43 y su interpretación sistemática con el resto de preceptos de la Constitución**

Los preceptos constitucionales con los que se puede relacionar el art. 43 son numerosos, por que habrá artículos de los cuales en este trabajo sólo se citarán serían: el art. 39 protección integral de los niños<sup>528</sup>, art. 39.1.4 (de los hijos y las madres), 45.1 (medio ambiente), 45.2 (calidad de vida), vivienda digna y adecuada (art. 47), 49, 50 (servicios sociales para problemas específicos con la tercera edad), art. 51 (servicios de defensa de la salud de los consumidores).

Así pues, como señala el art. 10 de la CE los derechos inviolables inherentes son el *fundamento del orden político y de la paz social* y se deben interpretar de conformidad a la *DUDH y Tratados Internacionales sobre la misma materia ratificados por España*. Además de la cláusula de salvaguarda del art. 9.2 de la CE, claro mandato del estado social protector de derechos como la protección a la salud.

---

<sup>526</sup> UE. Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. DOCE de 7 de junio de 2016. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016P%2FTXT>

<sup>527</sup> UE. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 310/1. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2004%3A310%3ATOC> (no ratificada por los 27 Estados Miembros).

<sup>528</sup> El art. 39 sí tendrá su máxima protección en relación con la infancia a raíz de la LO 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE» núm. 134, de 5 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8>

### ***1.3.1. El artículo 43 y su interconexión con el artículo 15 de la Constitución***

El artículo 15 es un derecho fundamental ubicado en la sección I del Capítulo II del Título I “*De los derechos fundamentales y las libertades públicas*”. Es una sección privilegiada dentro del título I. El art. 53.2 del texto constitucional les concede brillantes garantías. En primer lugar cualquier ciudadano puede recabar su tutela mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.

En segundo lugar son susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y del recurso de inconstitucionalidad, previstos los dos en el art. 161. 1 a) de la CE. Por otra parte el art. 81 prescribe que los derechos fundamentales y libertades públicas se desarrollarán por Ley orgánica. Así pues, todas estas garantías son mucho más reforzadas que las vistas para los principios rectores de la política social y económica, donde se encuentra ubicado el art. 43, derecho a la salud.

Por lo que respecta al contenido del artículo 15, protege el derecho a la vida y a la integridad física, encabeza la sección I del Capítulo II. Su contenido se establece en este destacado precepto: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*”

El derecho a la integridad física, tal y como está configurado constitucionalmente, protege a todas las personas, incluidos trabajadores, frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano, que dañen la integridad corporal, que supongan un peligro grave y cierto para la salud o que se produzcan sin consentimiento del afectado y sin deber jurídico de soportarlas.<sup>529</sup>

Tanto la doctrina como jurisprudencia en una interpretación sistemática de la constitución relacionan el artículo 43 con el artículo 15, para poderle dar a la protección de la salud las garantías que sí goza el artículo 15. Las primeras sentencias donde el TC interpreto estos dos artículos conjuntamente fue en internos en establecimientos

---

<sup>529</sup>STC 120/1990 de 27 de junio, fj. 8 disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1545>

STC 215/1994 de 14 de julio Fj. 4) Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2732>

penitenciarios<sup>530</sup>. Señalaba el TC que el riesgo de no perjudicar la salud quedaba incluido en el derecho en la integridad física y moral.<sup>531</sup>

Cabe señalar que los pronunciamientos del TC se han inclinado por declarar que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, se comprende dentro del art. 15 de la CE. Aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud es una vulneración del art. 15 (integridad física y moral) sino solo el que implique un peligro grave y cierto para la misma.<sup>532</sup>

En este escenario también hay otras sentencias que han señalado que el art. 15 de la CE no protege frente a cualquier daño que perjudique la salud sino sólo frente a los daños que existiendo un riesgo constatado de producción cierta o potencial, justifican la causación de un perjuicio para la salud, cuando se genere un riesgo grave para la vida.<sup>533</sup> Se señala que el artículo 15 protege contra dificultades previsibles en el ámbito laboral o con el riesgo de producción cierta o incluso potencial de la causación de un perjuicio para su salud. En este sentido en la STC 62/2007 en su fundamento jurídico cinco in fine subraya que la PRL es desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física. .

Las omisiones de los poderes públicos también podrían dar lugar a una lesión del art 15, así la negativa injustificada a conceder una baja por incapacidad temporal (IT). El TC manifiesta que no se pretende que el art. 15 sea un derecho fundamental a la baja laboral

---

<sup>530</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 68/1996, de 18 de abril de 1996. Recurso de inconstitucionalidad 556/1988. Promovido por el Gobierno Balear en relación con determinados preceptos de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. BOE núm. 123, de 21 de mayo de 1996, pp. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1996-11448>, estableció que podía haber lesión del art. 15 CE en exploraciones de rayos x a internos si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuvieran lugar con excesiva intensidad y frecuencia, y no estuviesen separadas por el tiempo adecuado.

<sup>531</sup> El TC determinó que podía haber lesión del art. 15 CE en exploraciones de rayos x a internos si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuvieran lugar con excesiva intensidad y frecuencia, y no estuviesen separadas por el tiempo adecuado.

<sup>532</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 5/2002, de 14 de enero (FJ 4). Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4541>

<sup>533</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 160/2007, de 2 de julio de 2007. BOE 185, de 3 de agosto de 2007, Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-14788](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-14788).

Se sigue la doctrina iniciada por la STC 62/2007 de 27 de marzo. BOE de 26 de abril de 2007 disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/de-DE/Resolucion/Show/6029>

sino “admitir que una determinada actuación de la administración en aplicación del régimen de bajas por lesión o enfermedad excepcionalment podría comportar en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud del trabajador”.<sup>534</sup> Así pues el TC había ya afirmado que para poder apreciar la vulneración del art. 15CE no precisa que la lesión de la integridad se consuma sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado bastaría con existir un riesgo relevante de que la lesión pudiera llegar a producirse.<sup>535</sup>

Por lo que el TC reitera que existe cierta conexión entre el derecho a la integridad física y el derecho a la protección de la salud pero sin que se lleguen a confundir ambos derechos,<sup>536</sup>. Se indica que para que una actuación empresarial pueda quedar amparada por el art. 15 de la CE debería existir un riesgo relevante de que la lesión pudiera producir un peligro grave y cierto para la salud.

En la STC 139/2016<sup>537</sup> de 21 de julio se señaló que la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma vacía de contenido, sin referencias que la informen, especialmente en relación al legislador que la debe configurar en virtud del art. 43.2 CE para establecer las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública. Señalaba el TC que el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios.

---

<sup>534</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 220/2005, de 12 de septiembre de 2005. BOE de 14 de octubre de 2005 Recurso de amparo. Promovido por doña Amparo Val Rodríguez frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que desestimó su demanda contra la Jefatura Provincial de Tenerife de Correos y Telégrafos sobre licencia por enfermedad. BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2005 Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5480>

<sup>535</sup> STC 221/2002, de 25 de noviembre, fundamento jurídico 4) Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4757>

<sup>536</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 118/2019, de 16 de octubre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. BOE núm. 279, de 20 de noviembre de 2019, Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-16727>

<sup>537</sup> STC 139/2016 de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad. BOE de 15 de agosto de 2016 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7904>

Por su parte el TS en Sentencias como la de 22 de septiembre de 2008 no ha realizado la asimilación automática del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y el derecho a la protección de la salud sino que limita su interpretación a la literalidad del art. 53.3 CE “*un principio rector sólo podrá alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las Leyes y las disposiciones que los desarrollen.*”<sup>538</sup> El TS manifiesta que en relación a la dignidad del trabajador que aunque ésta es valor jurídico fundamental art. 10.1 de la CE, base del sistema de derechos fundamentales, no es susceptible de protección autónoma sino que solo operaría en relación a los *derechos fundamentales propiamente dichos*.<sup>539</sup>

Además se considera que en el supuesto de hecho lo que se vulnera es el derecho al trabajo no el derecho a la protección de la salud, intocada por el despido. (cabe la pregunta de si no afecta la salud un despido cuando más a más estàs de baja por Los antecedentes de hecho traen causa en que el demandante venía prestando Servicios para la empresa demandada desde el 11 de febrero de 2000 con la categoría profesional de peón especializado.

El 30 de junio de 2005 se le comunica por carta la extinción de su contrato por despido disciplinario por bajo continuado rendimiento en el trabajo. El actor se encontraba de baja por IT desde 26 de mayo de 2005. La empresa entiende que el bajo rendimiento se debe precisamente a la baja médica por lo que reconoce la improcedencia del despido. El demandante pretendía que se declarase nulo el despido. En primera instancia no se vió indicios de discriminación por la parte empresarial. Se recorre en suplicación y sí se considera el despido nulo. El TS en recurso de casación para unificación de doctrina revoca la sentencia del TSJ de Madrid y declara la improcedencia del despido.

Así en casos casi extremos y concretos ha admitido la conexión entre art. 15 y art. 43 *presión bajo amenaza de despido que el trabajador abandone el tratamiento médico*

---

<sup>538</sup> Tribunal Supremo. STS de 22 de septiembre de 2008 (REC. 3591/2006). Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f35599122428686/20081120>

<sup>539</sup> Tribunal Supremo. STS de 22 de septiembre de 2008 (REC. 3591/2006). Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f35599122428686/20081120> fundamento jurídico quinto.

*que con baja en el trabajo le ha sido prescrito*<sup>540</sup> dónde cita la doctrina del TC contenida en la SSTC 62 y 160/2007 “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a a la integridad personal” Así el TS argumenta que “*la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento medico que, con con la baja en el trabajo le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y por ello una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional*”.

### ***1.3.2. El artículo 43 y su interconexión con el artículo 40.2 de la Constitución***

El art. 40. 2 de la CE es la manifestación del derecho a la salud en el ámbito de la relación laboral. Es la primera referencia de la CE a la normativa de prevención de riesgos laborales (PRL):

*“... los poderes públicos fomentaran una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el Trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados...”*

Se debe alertar nuevamente, como así ocurre con el artículo 43, de la la ubicación en el texto constitucional de las condiciones seguras y saludables en el entorno laboral, ya que se encuentran en la sección correspondiente de los capítulos rectores de la política social y económica, igual que el art. 43. Como se indicó si la OIT está en proceso para la elevación de las condiciones seguras y saludables dentro de sus derechos fundamentales, ¿no debería servir de ejemplo o de espejo dónde el ordenamiento jurídico español se mirase? Sin ir más lejos el 11 de mayo de 2021 el Gobierno aprobó el Proyecto de Reforma del art. 49 de la Constitución “*No obstante, el paso de cuatro*

---

<sup>540</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Fecha 31 de enero de 2011. Recurso 1532/2010 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b5b2f9b8fb6e516/20110317>



*décadas ha hecho envejecer...*”, que está siguiendo ahora su tramitación parlamentaria en las Cortes Generales.<sup>541</sup>

El art. 40.2 impone a los poderes públicos la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso necesario para los trabajadores. La eficacia de la salubridad en los centros de trabajo resultará de lo eficaz que sea la normativa que lo desarrolle.<sup>542</sup> Este artículo se ha limitado a recoger la formulación más tradicional en paralelismo con el Reglamento de Seguridad e higiene en el trabajo de 1940.<sup>543</sup>

En este sentido, dada su conexión con el derecho a la salud, valor axiológico de la CE, se puede encuadrar en lo ya estudiado en el art. 43. El derecho a la salud continúa en el horario laboral, por lo que garantizar un medio ambiente adecuado para la salud física y mental de las y los trabajadores no debería ser algo programático sino imperativo.<sup>544</sup>

El art. 40.2 garantiza el descanso del trabajador, condición necesaria para el goce de su salud física y moral. En atención a esto y en similares términos como ya se ha visto en el primer capítulo la Directiva 2003/88/CE, en su art. 2. 9) también define el descanso adecuado en una definición que se comparte: “*períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos, para evitar que debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo*”. Términos suficientemente expresivos de la importancia de “descansar”, tanto cuando se realicen horas extras como cuando haya períodos de guardia a disposición de la empresa..

---

<sup>541</sup> Gobierno de España. Reforma del artículo 49 de la Constitución española. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/110521-enlace-constitucion.aspx>

<sup>542</sup> APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”. AA.VV. *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. MOLINA NAVARRETE, C.; MONEREO PÉREZ, JL, MORENO, VIDA N. (coord.) Edit. Comares, 2002. p. 1556.

<sup>543</sup> MOLINA NAVARRETE, C, J. “El derecho a la seguridad y salud en el trabajo. El derecho a la mejora de las condiciones de trabajo. El derecho al descanso”. AA.VV. *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. MOLINA NAVARRETE, C.; MONEREO PÉREZ, JL, MORENO, VIDA N. (coord.) Edit. Comares, 2002. p. 1395.

<sup>544</sup>. Ibidem p. 1399.

El TSJ de Castilla y León de 23 de octubre de 2006 subraya que las normas sobre jornada y tiempo de trabajo obedecen la protección de la salud física y psíquica de los trabajadores. Se apoya en su argumentación en el art. 40.2 de la CE en la normativa europea (Directiva 93/104/CE y 2003/88/CE) y en el preámbulo de la constitución de la OMS (bienestar físico y psíquico de las personas trabajadoras). Indica que éste vincula la seguridad e higiene en el Trabajo con la garantía del descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. Recalca la resolución que la protección de la salud y el bienestar físico y psíquico de los trabajadores no se deberían reducir a la lógica de un intercambio económico.<sup>545</sup>

En el caso enjuiciado en la sentencia citada los actores prestaban Servicios para la empresa demandada como teleoperadores. Se dictó laudo arbitral en 2004 en conflicto colectivo estableció que el descanso semanal coincidente con sábado y domingo, de dos horas al mes ha de ser disfrutado necesariamente dentro del mes natural que corresponda, no siendo susceptible de distribución irregular a lo largo del año y sin que pudiese afectar a vacaciones. La discusión deriva principalmente de las reclamaciones de cantidad que interponen los autores, es decir cómo compensar la vulneración de la normativa de descansos de la empresa.

Determina la Sentencia que en el caso enjuiciado la vulneración de las normas sobre descanso semanal implica la realización de horas extraordinarias. El número de horas extraordinarias realizadas no sería equivalente cuando el descanso se disfrute parcialmente al número de horas de descanso contenidas en el fin de semana sino al número de horas trabajadas dentro de los confines de lo que debiera ser descanso semanal.

La seguridad e higiene en el trabajo supone obligaciones contractuales para el empresario que limitan la libertad de empresa reconocida constitucionalmente en el art. 38 del texto constitucional. En principio podría parecer que éste artículo prevalece en relación con los arts. 40.2 o 43, por el menor grado de protección de éstos. La

---

<sup>545</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de 23 de octubre 2006. Número de resolución: 1696/2006. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c65c0b08f986ce4d/20070111>

protección que incorporan aquellos para el orden público y para el respeto a la dignidad humana avalan la especial posición del derecho a la protección de la salud.<sup>546</sup>

Existe una conexión funcional y finalista entre el derecho a la salud en el trabajo y el derecho a la integridad y a la vida, es decir el artículo 15 de la CE. Realizando una interpretación hermenéutica vía art. 10.2 y art. 93 a 96 de la CE. La doctrina constitucional como ya se ha visto ut supra considera que para que se produzca esta interconexión el riesgo a la salud ha de ser grave y cierto. Así pues el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es un derecho social primario, base del resto de derechos económicos y sociales. La doctrina establecida en la STS 502/2021 de 18 de febrero se debe de poner de relieve en la línea de este trabajo de investigación ya que reafirma como señala MONEREO la “*fundamentalidad constitucional de los derechos a la vida, salud e integridad física y psíquica de todo trabajador o empleado público vinculado al medio ambiente de Trabajo*”.<sup>547</sup>

El art. 40.2 a diferencia de otros preceptos de los principios rectores de la política social y económica la encomienda no recae en los poderes públicos si no en el empresario. Se debe poner de relieve que el texto constitucional no solo tiene una intención reparadora si no preventiva. Así pues, se destaca en el preámbulo de la Ley 31/1995 de PRL, se incide en esa esencia preventiva del art. 40.2 de la Constitución.<sup>548</sup> En relación al art. 40.2 de la CE que hay una especial protección a los trabajadores. Se genera un deber publico de velar y vigilar el cumplimiento por parte de los empresarios de la normativa en seguridad e higiene en el trabajo. Manifiesta también la importancia de ser un límite a la libertad de empresa del art. 38 de la CE.<sup>549</sup>

---

<sup>546</sup> TUDELA CAMBRONERO, G. “La protección de la seguridad y salud laboral en España: balance y perspectivas” AAVV. *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes* RAMOS QUINTANA, I (directora) GRAU PINEDA (coordinadora) Edit. Bomarzo, 2013, pág. 32.

<sup>547</sup> MONEREO PÉREZ, JL. “Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19” *REVISTA DE JURISPRUDENCIA LABORAL* NÚMERO 3/2021 Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001246](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001246) (consulta noviembre 2021) Resolución comentada: Sentencia Sala de lo Social del TS. Núm. 502/2021 de 18 de febrero.

<sup>548</sup> MATA PRIM, I, CASAS BAAMONDE, ME, GOÑI SEIN, JL “Art. 40” AAVV *Comentarios a la Constitución Española Tomo I Conmemoración del XL aniversario de la Constitución* RODRIGUEZ PIÑERO, M. FERRER, B, CASAS BAAMONDE, ME directores. Edita: Fundación Wolter Kluwer, BOE, TC y Ministerio de Justicia, Madrid 2018 Pág. 1304.

<sup>549</sup> *Ibidem*. Pág. 288.

La STC 195/1996, de 28 de noviembre destaca que la seguridad e higiene y salud en el trabajo pertenecen a la materia “legislación laboral”.<sup>550</sup> En este escenario la seguridad y salud laboral por su ubicación en la constitución no es un derecho subjetivo que se pueda exigir ante los tribunales. En la línea seguida la seguridad e higiene y salud laboral están interconectadas con el artículo 15, artículo 43, también con el artículo 41 en relación con el régimen público de seguridad social (así los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) o el artículo 45 en relación al medio ambiente adecuado.<sup>551</sup>

Sea como fuere el art. 40.2 debería presuponer un derecho subjetivo previo, generado en el momento de la firma del contrato de trabajo, es decir en el momento de inicio de la relación laboral. Es una manifestación también en el ámbito del derecho del trabajo de lo prescrito en el art. 9.2 de la CE, por la imposición a los poderes públicos de promover la efectividad del derecho a la vida, a la integridad física y a la salud para la garantía de la igualdad material.<sup>552</sup>

En efecto también la limitación de la jornada laboral incide directamente en la SST. No está de más recordar el concepto amplio de salud del preámbulo de la OMS: “*Estado completo de bienestar psíquico, mental y social y no como ausencia de enfermedad o invalidez*”. La STC 210/1990 en su fundamento jurídico tercero hace hincapié en la limitación de la jornada laboral.<sup>553</sup>

Se debe traer a colación la STC 62/2008<sup>554</sup> donde el TC manifiesta que la seguridad y salud debe velar por colectivos más vulnerables como las personas discapacitadas en base al art. 9.2 de la CE mediante medidas de política sanitaria. De esta forma hacer realidad el estado social y democrático de derecho.

---

<sup>550</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 195/1996 de 28 de noviembre BOE de enero de 1997. Fdt. Jurídico. 11 disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3247>

<sup>551</sup> MATA PRIM, I, CASAS BAAMONDE, ME, GOÑI SEIN, JL “Art. 40” AAVV Comentarios a la Constitución Española Tomo I Conmemoración del XL aniversario de la Constitución op. Cit Pág. 1305.

<sup>552</sup> Idem.

<sup>553</sup> Tribunal Constitucional Sentencia 210/1990 de 20 de diciembre. BOE núm. 9, de 10 de enero de 1991 Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/1635>

<sup>554</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 62/2008, de 26 de mayo (BOE número 154, de 26 de junio de 2008). Fundamento jurídico 7 Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6294>

En este sentido la derogación del art. 52 d) del Estatuto de los Trabajadores (despido objetivo por faltas de asistencia al Trabajo)<sup>555</sup> mediante el RD Ley 4/2020, supuso un límite a la libertad empresarial regulada en el art. 38 de la CE, principalmente para evitar la discriminación indirecta por razón de discapacidad y para favorecer una mejora en salud de las y los trabajadores. El motivo de la derogación expresado en su exposición de motivos tuvo su origen en que el art. 52d) ET se aplicaba a los porcentajes de faltas de asistencia establecidos, sin tener en cuenta juicio de adecuación y proporcionalidad.

La STC 118/2019<sup>556</sup> no obstante, había señalado que el artículo 52 d) no era contrario al artículo 15 de la CE. Según argumentó el legislador pretendía mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias y la protección de la salud y SST de las personas trabajadoras. El legislador pretende evitar el incremento indebido de los costes empresariales en casos de ausencia, dónde el fundamento es la libertad de empresa del artículo 38 de la CE. Es la jurisdicción social la que debe velar para que la empresa no vaya un paso más allá en la defensa de sus intereses frente a las faltas de asistencia.

La cuestión de constitucionalidad se planteó por el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona en fecha 17 de enero de 2020<sup>557</sup> por la posible vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 de la CE. Se debate que el precepto condicionaba el comportamiento de las personas trabajadoras en perjuicio de su derecho, ante el miedo de perder el empleo se pueden sentir obligadas a ir a trabajar aunque se encuentren enfermas, pudiendo complicar la enfermedad. Explicita el TC que existió una cierta conexión entre el artículo 15 de la CE y el derecho a la protección a la salud del artículo 43 pero no se pueden confundir ambos derechos. En la línea de investigación principal de esta tesis se defiende el derecho a la salud como derecho fundamental.

---

<sup>555</sup> Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. (BOE de 19 de febrero de 2020). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/02/18/4>

<sup>556</sup>STC 118/2019, de 15 de octubre de 2019, cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960/2019 (BOE de 20 de noviembre de 2019) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-16727>

<sup>557</sup> TSJ de Cataluña. Sentencia 274/2020 de 17 de enero de 2020 No obstante la cuestión de inconstitucionalidad se separó de su criterio y se amparo en normativa internacional para estimar el recurso de suplicación. Se declaró la improcedencia del despido y a la readmisión de la trabajadora. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5e1d548551eb42cf/20200219>

En este contexto, la Sentencia de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero<sup>558</sup>, en su argumentación se estableció que el art. 52d) se oponía a la Directiva 2000/78<sup>559</sup> porque su formulación podría ser discriminatoria por motivos de discapacidad, salvo cauces de adecuación y proporcionalidad. El asunto C-270/16 tenía por objeto una decisión prejudicial planteada según el artículo 267 del TFUE, por el Juzgado de lo Social de Cuenca nº1 mediante auto de 5 de mayo de 2016 para la interpretación de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000. La petición se presenta en el marco del litigio por el Sr. Ruiz Conejero y por otra Ferroserv Servicios Auxiliares S.A en relación a la legalidad del despido del Sr. Ruiz Conejero por faltas de asistencia al trabajo justificadas.

El supuesto de hecho se incardina en los siguientes acontecimientos: el 15 de septiembre de 2014 se le reconoce al Sr. Ruiz Conejero la condición de discapacitado. Durante los años 2014 a 2015 sufrió diferentes períodos de IT derivados de la patología que originó la discapacidad. El 7 de julio de 2015 la empresa comunica al demandante su despido en virtud del artículo 52 d) del ET. El Sr. Ruiz Conejero demandó indicando que las ausencias estaban relacionadas con su discapacidad. Solicitaba la nulidad del despido por discriminación por motivos de discapacidad. La empresa desconocía esta situación por haberse negado éste a realizar los reconocimientos médicos que se le ofrecía desde la Mutua.

El TJUE argumenta que el hecho que se le haya reconocido una discapacidad en ordenamiento jurídico español no implica que tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78, sino que debía quedar incluida en el ámbito de la Directiva. Un trabajador discapacitado estaba más expuesto al riesgo que se le aplicase el ya derogado artículo 52 c) del ET. En consecuencia supondría una discriminación indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b) de la Directiva 2000/78. Señalaba la STJUE que se debía valorar si el artículo citado suponía una

---

<sup>558</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2018, (asunto C- 270/16 Ruiz Conejero) <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198527&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=709044>

<sup>559</sup> UE. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación. DOUE de 2 de diciembre. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0078>

diferencia de trato estaba justificado por una finalidad legítima y si los medios eran adecuados.

El Gobierno español argumentaba que el origen del artículo era combatir el absentismo laboral, lo que a juicio del TJUE es una finalidad legítima. Es el órgano jurisdiccional remitente el que debía calificar los medios aplicados para la consecución de la finalidad y tener en cuenta el perjuicio que se pueda causar a las personas con discapacidad. En resumidas cuentas se responde a la cuestión prejudicial indicando que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i) de la Directiva 2000/78 se ha de interpretar en el sentido que se oponga a una normativa nacional que permita a la parte empresarial despedir a la persona trabajadora según las faltas de asistencia, aún justificadas pero intermitentes, cuando esas ausencias tengan su origen en enfermedades atribuibles a la discapacidad de la persona trabajadora. No obstante expresa la excepción que la normativa tenga como finalidad combatir el absentismo y no vaya un paso más allá para alcanzar esa finalidad que debía evaluar el órgano remitente.

El litigio que dió lugar a la STJUE explicada termina con la sentencia del TS de 22 de febrero de 2022. Se desestima el recurso de casación para unificación de doctrina que interpone la parte empresarial contra la sentencia que se dicta por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla la Mancha el 10 de abril de 2019<sup>560</sup> porque no se daba la inexistencia de contradicción requerida por el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la jurisdicción social entre la sentencia recurrida y la de contraste. En la sentencia que se recurre el trabajador tenía reconocida la discapacidad, lo que no se da en la sentencia de contraste. Además se recurrió a hospitalización y con existencia de diagnóstico donde se señalaba que tanto el vértigo como el lumbago son causa de una artropatía degenerativa y poliartritis agravado por la obesidad.

En la sentencia que se recorre se ha el TSJ había desestimado el recurso de suplicación interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca el 7 de marzo de 2018.<sup>561</sup> En suma en la sentencia recurrida también se

---

<sup>560</sup> TSJ de Castilla la Mancha. Sala de lo Social de 10 de abril de 2019 número de resolución 553/2019 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e925f6600bb0c04/20190508>

<sup>561</sup> Juzgado de lo Social Cuenca. De 7 de marzo de 2018. número de resolución 171/2018. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c148bd26885985bd/20180322>

llega a la conclusión de nulidad del despido porque la aplicación de una norma, el derogado art. 52.d) ocasiona a las personas trabajadoras con discapacidad respecto del resto de trabajadores y trabajadoras. En la sentencia de contraste la causa del despido es la reiteración en el número de bajas de corta duración por IT, no la ausencia temporal.

562

En la STJUE de 11 de septiembre de 2019 asunto Nobel Plàstiques Ibérica<sup>563</sup> se establece además la obligación de que el empresario está obligado a realizar ajustes razonables en el puesto de Trabajo con anterioridad al despido de la persona discapacitada por faltas de asistencia. El asunto tenía por objeto una petición de decisión prejudicial por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona: la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, en el marco del litigio entre DW y Nobel Plásticos Ibérica, S.A, relativo a la legalidad del despido de DW por causas objetivas.

Los hechos de la sentencia anteriormente citada se encuadran en el siguiente relato fáctico: el 1 de julio de 2004 DW fue contratada por Nobel Plásticos Ibérica. Se acogió a una reducción de jornada por razones de guarda legal de hijos menores. DW padecía epicondilitis, lesión calificada como enfermedad profesional, lo que le llevó a ser beneficiaria del subsidio de IT en diferentes ocasiones. A partir de 15 de diciembre de 2011 se le reconoce a DW la condición de “trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo” (en base al artículo 25 de la Ley 31/1995). Después de cada alta médica se sometió a un reconocimiento médico donde se la declaraba apta con limitaciones para ocupar su puesto de trabajo.

El 22 de marzo de 2017, mientras DW se encontraba en situación de IT, por parte de la empresa se le notificó una carta de despido por causas objetiva en base a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se interpuso por DW demanda

---

<sup>562</sup> ROJO TORRECILLA, E. “Despido por absentismo y discriminación por discapacidad. Llegó el final del caso que dio lugar a la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16). Una nota a la sentencia del TS de 22 de febrero de 2022 (Inexistencia de contradicción a efectos del RCDU)” Blog el nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales” Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/03/despido-por-absentismo-y-discriminacion.html?m=1>

<sup>563</sup> Tribunal de Justicia de la UE 11 de septiembre de 2019. Asunto Nobel Plásticos Ibérica, S.A <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=217624&doclang=es>



contra el despido ante el juzgado de lo Social número 3 de Barcelona solicitando la declaración de nulidad o subsidiariamente improcedencia. En 2017 la Inspección de Trabajo propuso sancionar a la empresa por exponer a la trabajadora a los riesgos económicos que habían producido su dolencia, afectando a su salud y no adaptar su puesto de trabajo.

El TJUE recuerda que la Unión aprobó la Convención de la ONU, y forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relativos a las materias regidas por esa Convención. Por tal motivo el concepto de discapacidad se entiende referido *a una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que al interactuar con diversas barreras pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.* (párrafo 41). En otras palabras el término discapacidad debe entenderse como un obstáculo para trabajar no como una imposibilidad de trabajar. De los autos de remisión del Juzgado de lo Social se puede dilucidar que la definición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo se basa en requisitos no idénticos a los que se mencionan en la definición ut supra señalada sobre discapacidad.

Es el órgano jurisdiccional remitente el que debe comprobar si en el asunto principal el estado de salud de DW implicaba una limitación de su capacidad en la línea dada en la definición señalada. Si así se considerase en el momento de su despido DW sería una persona con discapacidad en los términos de la Directiva 2000/78. Por otro lado se entenderá que existe discriminación cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación de análoga por alguno de los motivos señalados en el artículo 1 de la Directiva.

El puesto de trabajo desarrollado por DW fue objeto de adaptaciones en base a que se le reconociera la calificación de trabajadora especialmente sensible en determinados riesgos derivados del trabajo. Es el órgano jurisdiccional remitente el que debe valorar si los ajustes fueron razonables. Es decir como expresa el punto 65 de la sentencia: *“como enuncian los considerandos 20 y 21 de la Directiva 2000/78, el empresario debe adoptar medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para condicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad por ejemplo adaptando las*

*instal-lacions, equipamientos, pautes de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre, sin que tales medidas impongan al empresario una carga desproporcionada, teniendo en cuenta particularment, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros, y el volumen de negocios total de la empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.”* Sino se realizan los ajustes razonables sería una discriminación indirecta por motivos de discapacidad por no garantizar el principio de igualdad de trato.

En base al artículo 5 de la Directiva para garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad se realizarán ajustes razonables según situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo. Ajustes razonables se entenderán la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con el resto de personas trabajadoras.

En suma, la STJUE de 11 de julio de 2006, asunto Chacón Navas <sup>564</sup> admite que no se puede permitir un despido por razón de enfermedad y añade que las personas con diversidad funcional podrían tener un mayor número de bajas intermitentes de baja duración mayor que el resto de empleados. En el mismo sentido se refiere el TJUE (Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto Daouidi) a las personas con enfermedades de larga duración.

El TS en sentencia de 22 de mayo de 2020<sup>565</sup> mostró en su doctrina que en base también a las STJUE citadas que el término “discapacidad” referenciado en la Directiva 2000/78 se refiere “*al estado de salud que implique una limitación de la capacidad derivada, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demass trabajadores.*”

---

<sup>564</sup> Tribunal de Justicia de la UE de 11 de julio de 2006. Asunto C-13/05 Chacon Navas. Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56459&pageIndex=0&doclang=es&m ode=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=714847>

<sup>565</sup> Tribunal Supremo. Recurso de casación para unificación de doctrina. 22 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20eb89c2c74dffcc/20200615>

Como apunte destacar que la exposición de motivos del RD Ley 4/2020 expresa que el art. 52.1 d) del Estatuto de los Trabajadores constituía un motivo de discriminación indirecta por razón de género por el rol de “cuidadora” que sigue asumiendo en la actualidad la mujer y por ende afectando a su salud. Se apuesta por una política de corresponsabilidad y conciliación.. Ésta recae no solo en la persona, sino en la empresa y sociedad.

Se podría añadir que la salud laboral de la mujer también se ve afectada en ocasiones por la “menstruación” lo que se podría considerar una medida de SST y ser discriminatoria por temas biológicos,. De todas y todos es sabido que parte de las trabajadoras en edad fértil sufren mensualmente “dolor” por no hablar de la endometriosis. No existe una medida de prevención de SST desagregada por sexos. La prevención queda encuadrada en la maternidad, invisibilizando otras incidencias de género como alteraciones del ciclo menstrual.<sup>566</sup>

La trabajadora para no ser sancionada por “absentismo” realiza su actividad laboral, sin que se valore la posible lesión del artículo 43 y 40.2 de la CE en los términos que se están recogiendo en esta tesis. Es de recordar que la endometriosis es una enfermedad crónica y a veces incapacitante. Así se recogió por el INSS de Sevilla en 2008 y más reciente el 25 de noviembre de 2019 el Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona, recurrida en suplicación por el INSS y desestimada, en ambos supuestos se declara una incapacidad permanente absoluta (en adelante IPAbsoluta) o en los mismos términos el TSJ de Cataluña en fecha 22 de noviembre de 2021.<sup>567</sup>

#### **1.4 El derecho a la salud y su distribución competencial entre Estado y CCAA**

Para entender la distribución de competencias que se estableció en el texto constitucional es interesante ver qué se barajó en los debates constituyentes. Uno de los temas principales a discutir fue determinar las competencias que asumían el Estado y las

---

<sup>566</sup> RIVAS VALLEJO, PILAR, “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Número extra-74, 2008 Pág. 230.

<sup>567</sup> Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Fecha 22 de noviembre de 2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84befdccac8dde6a/20220119>

CCAA<sup>568</sup>. El texto inicial del Anteproyecto de la Constitución (BOE de 5 de enero de 1978) prescribía la competencia al Estado de la reserva de una genérica programación en materia de sanidad interior y coordinación general. En el dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades sobre el Anteproyecto de Constitución <sup>569</sup> se traduce en el texto actual “*bases y coordinación general de la Sanidad.*”

Así pues el art. 149.16. Prescribe que el *Estado tendrá competencia exclusiva en sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.*<sup>570</sup>. La CCAA tendrá competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en materia sanitaria. <sup>571</sup> Entiende el TC en STC 32/1983<sup>572</sup> que el vocablo *bases y coordinación general* se entiende referido a sanidad dentro del territorio español.

Las CCAA adquieren potestades en materia de sanidad e higiene como regula el art. 148.1.21. El art. 148.1.20 y 148.1. 21 de la CE establecen la posibilidad de que asistencia Social y Sanidad e Higiene puedan ser asumidas exclusivamente por las CCAA. El art. 149.7 reserva al Estado “*la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por las CCAA*”. La legislación de trabajo es competencia exclusiva del estado, incluida la potestad reglamentaria, pudiendo quedar en manos de las CCAA las funciones ejecutivas. El derecho a la *seguridad e higiene* del art. 40.2 CE quedaba incluido en la legislación laboral como así se demostró en la legislación posterior empezando por el Estatuto de los Trabajadores.<sup>573</sup>

---

<sup>568</sup> En la enmienda núm. 202 que presenta el Grupo Parlamentario de la Minoría catalana al Anteproyecto de Constitución a los efectos de modificar la redacción del art. 138 en su totalidad, se reservan a los territorios autónomos la legislación exclusiva y la ejecución en sanidad pública y política de higiene.

<sup>569</sup> Boletín oficial de las Cortes núm. 121, de 1 de julio de 1978. Disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC\\_121.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_121.PDF)

<sup>570</sup> Constitución Española. BOE de 29 de diciembre de 1978. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

<sup>571</sup> SÁENZ ROYO, E. “La prestación sanitaria en el Estado autonómico: las incongruencias entre el modelo competencial y su financiación. Revista Española de Derecho Constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional* 2020, número 119 pp. 119 Disponible en [La prestación sanitaria en el Estado autonómico: las incongruencias entre el modelo competencial y su financiación | Revista Española de Derecho Constitucional \(fecyt.es\)](#)

<sup>572</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 32/83 de 28 de abril. Fundamento jurídico 2º. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/160>

<sup>573</sup> MARIN ARCE, J.I *El derecho a la seguridad y salud en el trabajo, expresión de los avances y retrocesos democráticos*, Bomarzo, Albacete, 2019 pág. 293.

El artículo 148.21 señala las competencias por las CCAA en sanidad e higiene, se referirían a higiene pública y lo serían para su posterior desarrollo legislativo y reglamentario y ejecución. No se puede confundir con la higiene en el trabajo. Es de suma importancia esta diferencia para el contenido de las normas sanitarias a dictar.<sup>574</sup> Los conceptos “sanidad” y “asistencia social” del art. 148 se refieren a salud pública y a las prestaciones asistenciales públicas distintas de la seguridad social.<sup>575</sup>

Se debe partir del principio de igualdad de trato y no discriminación en el derecho a la protección de la salud de todas y todos los ciudadanos españoles.<sup>576</sup> No está de más indicar que el art. 149.1 de la CE al iniciar su redacción observa: *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.”*

La sanidad exterior es una materia que queda separada de la sanidad y la competencia es exclusiva del Estado. La competencia genérica del Estado en sanidad se manifiesta en las bases y coordinación general (fijar conceptos generales y comunes). Por su parte en el sector farmacéutico el constituyente le atribuye al Estado la “legislación”. Y en seguridad social la constitución otorga al Estado competencia en legislación básica (regulación uniforme). No obstante el régimen económico es competencia exclusiva del Estado.<sup>577</sup>

Los derechos relativos a la protección de la salud no han recibido un tratamiento uniforme en las previsiones constitucionales, así por ejemplo no se distingue entre Sanidad y Seguridad<sup>578</sup>. Distinción que no se clarificó hasta que se dictó LGS<sup>579</sup>. Sí que constata el TC que la protección de la salud no podría dar lugar ni a una uniformidad de

---

<sup>574</sup> *Ibidem*. Pág. 293

<sup>575</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*. Editorial. Civitas, Madrid, 1982 pág. 565.

<sup>576</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Recursos previos de inconstitucionalidad números 311, 313, 314, 315 y 316/1982, acumulados. Sentencia número 76/1983, de 5 de agosto. Boe DE 18 de agosto 1983. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1983-22276](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1983-22276)

<sup>577</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*. Editorial. Civitas, Madrid, 1982.pág. 565 y 566.

<sup>578</sup> MUÑOZ MACHADO, S. *Derecho público de las Comunidades Autónomas*. Civitas, 1982. Pág. 565.

<sup>579</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE de 29 de abril de 1986. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>

ordenamientos ni a una desigualdad en las condiciones de vida, en otras palabras para garantizar el principio de igualdad de derecho de los ciudadanos se debe garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos.<sup>580</sup>

No se podrían establecer tratamientos más favorables exclusiva y únicamente justificados por la pertenencia a una CCAA u otra,<sup>581</sup> similar argumento esgrimido por OLEA<sup>582</sup> El TC así lo expresa en sentencias como la STC 32/1983, dónde también señala que el estado conservará competencias tanto de coordinación general como de alta inspección en el cumplimiento de las normas estatales y autonómicas y bases del sistema sanitario.<sup>583</sup> Se debe tener presente que el art. 138. 2 de la CE prescribe que las *“las diferencias entre los Estatutos de las distintas CCAA no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales.”* Este es el límite que el TC encuentra a las competencias de las CCAA juntamente con el principio de igualdad.

El Estado cumpliendo el necesario mandato constitucional determinó la legislación básica en la LGS., en su art. 2.1 señala que *“tendrá la condición de norma básica”*<sup>584</sup> (LGS). Se instituye un Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS), dónde se integrarán todas las estructuras y servicios públicos de las CCAA al servicio de la salud (art. 43 y 44 LGS). Frente a un desarrollo de bases de un derecho fundamental por ley ordinaria, se hace más patente sí cabe la necesidad que se determine un mínimo

---

<sup>580</sup> Tribunal Constitucional. Pleno. Recursos previos de inconstitucionalidad números 311, 313, 314, 315 y 316/1982, acumulados. Sentencia número 76/1983, de 5 de agosto. «BOE» núm. 197, de 18 de agosto de 1983 Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1983-22276](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1983-22276)

<sup>581</sup> De la Villa, L. E y Desdentado A., “Delimitación de competencias Estado-CCAA en la Constitución española de 1978 (las relaciones laborales y de seguridad social).en AAVV. *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 1980. p.421.

<sup>582</sup> ALONSO OLEA, M- El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas. En AAVV. *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 1980. p.47.

<sup>583</sup> Tribunal Constitucional. Conflictos positivos de competencia números 94 y 95/1982, acumulados. Sentencia número 32/1983, de 28 de abril. BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1983, Disponible en: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1983-14101>

<sup>584</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE de 29 de abril de 1986. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>

irreductible, núcleo esencial de al fin y al cabo la dignidad de ciudadanas y ciudadanos.

585

La potestad legislativa que se otorga a las CCAA debe quedar limitada por el principio de igualdad, así se determinó en la STC 32/1983 de 28 de abril <sup>586</sup>. Es decir no podría ser que el contenido y el acceso a la asistencia sanitaria fuesen diferentes según estableciese cada CCAA. Ésta no podrá establecer regulación sobre el campo de aplicación del sistema, ni acción protectora. No obstante no se trata de una uniformidad rigurosa, una CCAA podría decidir compensar las “*especiales dificultades de su población*” en el acceso a la prestación de asistencia sanitaria.<sup>587</sup>

Se debe mencionar como corolario a este apartado el RD Ley 16/2012<sup>588</sup> y en particular la regulación que en él se estableció de la asistencia sanitaria pública. La regulación encuentra su fundamento en la competencia exclusiva del Estado para fijar las bases y la coordinación de la sanidad, así como el régimen económico de la seguridad social (art. 149.16 y 17 de la CE). Esta norma es ejemplo de que un cambio de tendencia política puede cambiar la norma hasta el límite de rebasar los límites de su contenido esencial. Los cambios que introdujo la norma colisionaron con los Estatutos de autonomía que garantizaban la asistencia sanitaria universal.

Ya el TC había establecido que los Estatutos de Autonomía no podían regular derechos subjetivos, sólo vincularían al legislador autonómico<sup>589</sup> y importante y en caso de colisión debía prevalecer la modificación introducida en el art. 3 de la Ley

---

<sup>585</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDAN, ¿V. “Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socioeconómicas del sistema”, op. Cit p. 883.

<sup>586</sup> Sentencia 32/1983 de 28 de abril. (BOE 17 de mayo de 1983) disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/160>

<sup>587</sup> APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria” AA.VV *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. coord. Por MOLINA NAVARRETE. C. MONEREO PÉREZ. JL., MORENO VIDA, MN., Edit. Comares Granada, 2002 pág. 1564.

<sup>588</sup> RD Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. (BOE de 24 de abril de 2012) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-5403>

<sup>589</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 7288-2006. BOE de 15 de enero de 2008. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2008-638>

16/2003<sup>590</sup>. Sin perjuicio de lo indicado las CCAA tienen competencia para dictar normas en materia de sanidad que mejoren el standard estatal en su territorio.<sup>591</sup> Por consecuencia el TC en el debate generado entre gasto sanitario y protección de la salud (art.43 CE) se inclinó por dar prevalencia a los decretos autonómicos que ampliaban la universalidad subjetiva de la protección a la salud recortada por el RDL16/2012<sup>592</sup>.

De esta manera el RD Ley 16/2012 acotó quién podía tener derecho a la asistencia sanitaria pública gratuita quedando al margen los españoles a partir de los 26 años de edad al dejar de ser beneficiarios de un asegurado, que tuviesen ingresos suficientes a la cifra determinada reglamentariamente<sup>593</sup>, los españoles no asegurados que tuviesen cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, cualesquiera que fuesen los ingresos y inmigrantes en situación administrativa irregular con edad igual o superior a dieciocho años, aunque estuviesen empadronados (salvando los casos de urgencia...)

Recuérdese que la LO 4/2000 de 11 de enero, en su artículo 12 era clarificadora al regular que tendrían derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles con el único y exclusivo requisito de que estuviesen empadronadas en el municipio en el que residiesen habitualmente. Resulta como menos asombroso la técnica legislativa de modificar por Real Decreto lo regulado en una Ley orgánica.<sup>594</sup>

Hubo CCAA como Navarra o País Vasco que delante del recorte en los beneficiarios de la asistencia sanitaria por el Estado, se preocupó de ampliar ese ámbito subjetivo “recortado”. El Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha reconocido que las CCAA pueden dictar normas en materia de sanidad con la finalidad de mejorar

---

<sup>590</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006..BOE» núm. 172, de 16 de julio de 2010, Disponible en: [https://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409](https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409)

<sup>591</sup> Tribunal Constitucional. STC 136/2012. Recurso de inconstitucionalidad 2810-2009 de 19 de Junio de 2012 (fundamento 5). Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/22978>

<sup>592</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, S. “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de la asistencia sanitaria: la posible universalidad de la asistencia sanitaria pública en el ámbito autonómico” *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* Editorial Laborum, Murcia, 2016. Pág. 782-783.

<sup>593</sup> El RD 1192/2012 de 3 de agosto amplió la cobertura de la asistencia sanitaria pública a los mayores de 26 años no cotizantes que no percibiesen unos ingresos anuales superiores de hasta 100.000 euros.

<sup>594</sup> El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa reclamó a España que asistirá a los inmigrantes irregulares por ser este procedimiento contrario al art. 11 de la Carta Europea de Derechos Sociales.



en su ámbito territorial las bases establecidas por el Estado, valorando el interés público.<sup>595</sup> El Alto Tribunal, en los autos de levantamiento de la suspensión de las normativas específicas de las CCAA de Navarra y Valencia (debido a su impugnación por el Gobierno central), sobre la disyuntiva razonamiento económico o sanitario le da máxime importancia a éste último., ya que la vida, y la integridad física y el derecho a la salud son bienes sensibles y constitucionalmente protegibles.

Así pues, Los términos en los que se expresa el TC ponen de manifiesto que la protección al más alto nivel posible de salud como derecho fundamental y de dignidad, no puede quedar desvirtuado mediante una medida de “ahorro económico”, sin obviar la circunstancia que una asistencia sanitaria universal también mejora la salud pública. En el fondo se podría indicar en otras palabras, que la universalidad forma parte del núcleo esencial, de forma que sin ella el derecho queda irrecognoscible.<sup>596</sup>

A pesar de las afirmaciones señaladas en el párrafo anterior, el TC garante de los derechos fundamentales en España, desestimó el recurso presentado por el Parlamento de Navarra sobre el RD Ley 16/2012, aunque hubo tres votos particulares.<sup>597</sup> En éstos se se alude a que se obvió el debate político y social en su tramitación, no fundamenta la sostenibilidad financiera del sistema ni problemas como el llamado “turismo sanitario”, y sin hacer referencia que la financiación de la asistencia sanitaria es a través de impuestos, no de cotizaciones, a los que incluso los inmigrantes irregulares hacen frente.<sup>598</sup>

---

<sup>595</sup> Tribunal Constitucional. (fundamento 5). Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-constitucional-n-136-2012-tc-pleno-rec-recurso-inconstitucionalidad-2810-2009-19-06-2012-12188201>: “El ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal que actúa definiendo los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita y el régimen de prestaciones farmacéuticas. Esta definición no es desvirtuada por la normativa autonómica, que sencillamente amplía las previsiones básicas estatales”.

<sup>596</sup> BELTRÁN AGUIRRE, JL. “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”. *cit.*, 2014, no 5, p. 123-124.

<sup>597</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Votos particulares. BOE de de 15 de agosto de 2016 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7904>

<sup>598</sup> *Ibidem*

Los progresos alcanzados en el SNS revierten a los tiempos preconstitucionales de conectar el derecho a recibir asistencia sanitaria a la condición de “asegurado”. Se insiste el amplio margen que el constituyente da en el art. 43, no es “carta blanca”, forma parte del pluralismo político no de una modulación de derechos fundamentales, una mayor claridad en el redactado y ubicación del mismo se puede llegar a ver necesaria y urgente.

Como ya se apuntó ut supra el TC en los autos de levantamiento de la suspensión de las normativas específicas de las CCAA de Navarra y Valencia expresa argumentos contrarios. En aquellos primaba el derecho a la salud, y no los términos económicos sin justificar lo que de entrada parece contrario partiendo del órgano garante de la Constitución. En fin, con esta medida se traslado el coste económico a las “urgencias” y a costa de la salud principalmente de los “inmigrantes irregulares”.

Llegados a este punto conviene hacer énfasis en otra STC la núm. 134/2017 de 26 de noviembre<sup>599</sup>, que declara el Decreto Vasco inconstitucional en los preceptos que cita por contradecir el RD Ley 16/2012. El TC argumenta que se excluye a las autonomías *“la potestad de dictar Leyes que tengan incidencia sobre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales”*, *“excluye que puedan regular las condiciones básicas de su ejercicio”*. Como ya había manifestado la STC 136/2012, FJ. 5 el ámbito subjetivo y objetivo de los beneficiarios y beneficiarias de la asistencia sanitaria forma parte de las bases a regular por el Gobierno estatal.<sup>600</sup> Ciertamente es que hubo votos particulares en contra y que en estos se aludía haber obviado el Tribunal la realidad práctica de lo que las CCAA estaban regulando, el malestar doctrinal, social, los votos discrepantes de la STC 136/2012. Lamentable que no se sopesa en cualquier decisión un bien esencial como es el derecho a la salud, básico en un estado social.

En la STC 134/2017 fue la primera vez que el Tribunal se pronunció sobre la cuestión de la regulación básica del elemento subjetivo del sistema de salud junto con la STC

---

<sup>599</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 134/2017 de 16 de noviembre (BOE de 20 de diciembre de 2017) disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25509>

<sup>600</sup> ROJO TORRECILLA, E. “El TC refuerza la (des) protección sanitaria de los inmigrantes en situación irregular. Notas críticas a la sentencia núm. 134/2017, de 26 de noviembre (con cinco votos discrepantes) y amplio recordatorio de la sentencia núm. 139/2016 de 21 de julio (y II)”. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/el-tc-refuerza-la-des-proteccion-7.html>

136/2012. A lo que el Tribunal aboga es que la normativa autonómica debería atenerse a los conceptos de asegurado y beneficiario regulados en la modificada Ley 16/2003. Sin duda hubo un antes y un después del RD Ley 16/2012, ni doctrina ni CCAA pasaron inadvertidas su reformas y el aprendizaje que ello supuso, es más se pronunciaron en contra, parecía que se involucionaba a la ya recordada beneficiencia de los tiempos preconstitucionales. La laguna que se creó en el derecho al más alto nivel posible de salud que desde instancias internacionales se aboga fue máxima, acrecentado por la desestimación e impugnación de las iniciativas de las CCAA.

Finalmente el RD Ley 7/2018 de 7 de julio sobre el acceso al sistema universal al Sistema Nacional de Salud.<sup>601</sup> derogó el RD Ley 16/2012, aunque en los numerosos estudios de la doctrina iuslaboralista, los perjuicios en la protección de la salud de los colectivos afectados y la polémica que se generó debe quedar como un precedente a no olvidar. Como expresa el Preámbulo del RD Ley 7/2018 se vio afectado el principio de igualdad y la protección de la salud a colectivos que son especialmente vulnerables. Además el pretendido ahorro de costes no ha dado tampoco lugar a una eficiente mejora económica del sistema. A partir del RD Ley 7/2018 vuelve a primar el condicionante de *“todas las personas que se encuentren en territorio español”*.

La salud individual no se puede entender como casos aislados sino de salud pública, el ejemplo más claro ha sido la pandemia producida por el COVID19. Cabe preguntarse qué hubiese ocurrido en términos de protección del derecho a la salud con la vigencia del RD Ley 16/2012 Es interesante recuperar una entrada del Blog del Profesor Rojo Torrecilla en el que afirmaba que el Consejo de Ministros celebrado el viernes 27 de julio de 2018 *“como uno de los de mayor contenido social de los últimos años”*.<sup>602</sup>

En concordancia con lo que se acaba de explicar sí que hay que indicar que recortar en sanidad por temas de ajustes económicos no fue sólo obra del Gobierno central, CCAA como Cataluña que se posicionaron en contra de lo realizado por áquel, ya lo habían

---

<sup>601</sup> Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. BOE de 30 de julio de 2018 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-10752>

<sup>602</sup> ROJO TORRECILLA, E. “El TC refuerza la (des) protección sanitaria de los inmigrantes en situación irregular. Notas críticas a la sentencia núm. 134/2017, de 26 de noviembre (con cinco votos discrepantes) y amplio recordatorio de la sentencia núm. 139/2016 de 21 de julio (y II)”. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/el-tc-refuerza-la-des-proteccion-7.html>

llevado a cabo con anterioridad dentro de sus competencias. “Recortes” en el derecho constitucional antesala de todos los demás, así quedará para la historia el año 2020 con la pandemia mundial del COVID19, que si de algo positivo se puede extraer es la concienciación en la salud y sobretodo también en la salud colectiva, dicho en otras palabras que a partir de ahora no se debería ver normal las listas de espera eternas, cerrar plantas hospitalarias o huída de profesionales sanitarios a otros países, valga decir que esto sería un gran aplauso para los profesionales sanitarios como para la sociedad en su conjunto, sin desmerecer el aplauso de las ocho de la tarde de los primeros meses de pandemia.<sup>603</sup>

Esta tendencia de vaciar la sanidad pública tiene un efecto rebote claro la privatización de la sanidad, quizá un cambio encubierto de modelo sanitario, que se aleja de la normativa internacional y del art. 43 de la CE principalmente porque no es accesible a toda la población ya sean inmigrantes irregulares como personas mayores a las que las Mutuas privadas difícilmente a no ser a un coste alto les aceptan como beneficiarios. Recuperando la frase de la Plataforma “Marea Blanca” para el día Mundial de la Salud: *“Recortar la sanidad mata”*.<sup>604</sup>

El Real Decreto-ley 16/2012 ha sido ya objeto de las SSTC 139/2016, de 21 de julio, 183/2016, de 3 de noviembre, y 33/2017, de 1 de marzo, que han resuelto impugnaciones que el presente recurso plantea en términos coincidentes. Por esta razón, en la medida en que se refieran a los mismos preceptos y se sustenten en idénticos motivos, la doctrina allí contenida resulta trasladable al presente supuesto y permite responder a una parte de las impugnaciones formulada.

### **1.5 El derecho a la salud y el artículo 41 de la CE.**

La doctrina iulaboralista no es pacífica a la hora de afirmar si el derecho a a la asistencia sanitaria debe de continuar siendo una rama protectora de la seguridad social, o por el contrario se ha de desgranar de ésta y tomar su propio rumbo. En el mismo sentido y

---

<sup>603</sup> Véase, entre otras, las siguientes: <https://www.eleconomista.es/catalunya/noticias/7050954/10/15/Un-recorte-de-1408-millones-deja-en-coma-la-sanidad-publica-catalana.html> ; <http://governobert.gencat.cat/ca/transparencia/Economia-i-finances/pressupostos/pressupostos-aprovats-executats-i-liquidats/>

<sup>604</sup> <https://www.publico.es/actualidad/recesion-mucho-dano-politica-austeridad.html>

siguiendo el hilo argumental que se está viendo en este trabajo la falta de sistematización de la estructura en la constitución genera polémica, también en otro sentido propia del pluralismo y del devenir de la norma en el tiempo.

La seguridad social se ha erigido ya con anterioridad a la CE como garante de las prestaciones dirigidas a la protección de la salud, de hecho durante el régimen franquista la prestación de asistencia sanitaria tenía un carácter bismarckiano. El sistema de seguridad social está protegido frente a la libertad del legislador ordinario por una garantía institucional. “*Es una institución enraizada en la conciencia colectiva del país*”<sup>605</sup> o en palabras del TC “*elemento arquitectural*”<sup>606</sup>

En su redacción final la Comisión Mixta Congreso Senado corrigió el artículo 41 suprimiendo la “asistencia sanitaria”. Semánticamente quedó separada la protección a la salud y concretamente asistencia sanitaria al artículo 43. Sin embargo sorprende el inciso final del artículo 41 “*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.<sup>607</sup>

De esta forma el art. 41 de la CE señala que se “*garantiza la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*”. *La asistencia y prestaciones complementarias serán libre*”. Es una institución base del estado social, un plan para que *triunfe la libertad frente a la necesidad*<sup>608</sup>. Interesa señalar qué que mayor estado de necesidad que la pérdida de la salud.<sup>609</sup>

---

<sup>605</sup> ALVAREZ DE LA ROSA, M. “El artículo 41 de la Constitución: Garantía institucional y compromisos internacionales” Revista de Seguridad Social, número 15 de 1982, pág. 80,

<sup>606</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 32/1981 de 28 de julio (BOE de 13 de agosto de 1981). Fundamento jurídico tercero. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/32>

<sup>607</sup> GARRIDO FALLA, F. Comentarios a la Constitución Editorial Civitats SA. Madrid, 1985 Pág. 789

<sup>608</sup> Informe Beveridge

BEVERIDGE, W. Social Insurance and Allied Services, HMSO, Presented to Parliament by Command of his Majesty November 1942 pág. 153.

<sup>609</sup> APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria” “*Comentario a la constitución socioeconómica de España*”. Editorial Comares, Granada, 2002.pág. 1558.

Como se puede observar en el art. 42 de la LGSS<sup>610</sup> el art. 1.a) determina que la acción protectora del sistema de la seguridad social comprende: a) *la asistencia en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo*. Así pues legalmente la asistencia sanitaria quedaría dentro de las contingencias a proteger por la seguridad social.

La protección de la salud ha sido una de las mayores preocupaciones del sistema de seguridad social. El primer seguro social fue el de Bismarck en 1883 en Alemania. Con esto no se está intentando decir que la seguridad social sea una etapa avanzada de los Seguros Sociales, si no más bien antecedentes. La Seguridad Social es una institución propia, con autonomía propia.,<sup>611</sup>

Siguiendo a APARICIO la conciencia colectiva española no puede separar seguridad social de prestaciones sanitarias. La evolución de la seguridad social ha ido a la par de la generalización a toda la población de un derecho a prestaciones sanitarias. En España se manifiesta en el Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942<sup>612</sup> hasta que finalmente se llega al Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS) en 1986 con la Ley General de Sanidad<sup>613</sup>. La extensión de la asistencia sanitaria a toda la población tiene su inicio con el desarrollo del sistema de seguridad social.<sup>614</sup>

La asistencia sanitaria tiene dos vías para canalizarse: una de ellas condicionada a los requisitos establecidos en la Ley y la segunda a la carencia de ingresos, lo que con anterioridad era la asistencia social.<sup>615</sup> En el ordenamiento jurídico español la garantía de la asistencia sanitaria está asegurada vía LGS, Convenio Europeo de Asistencia Social Médica<sup>616</sup> y RD 1192/2012<sup>617</sup> dónde se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria

---

<sup>610</sup> Real decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE 161 de 31 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

<sup>611</sup> APARICIO TOVAR, J. "El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria" *"Comentario a la constitución socioeconómica de España"* op cit, 1559.

<sup>612</sup> BOE de 27 de diciembre de 1942.

<sup>613</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, art. 80 (BOE de 19 de mayo).

<sup>614</sup> APARICIO TOVAR, J. "El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria" *"Comentario a la constitución socioeconómica de España"* op cit, 1559.

<sup>615</sup> APARICIO TOVAR, J. "El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria" *"Comentario a la constitución socioeconómica de España"* op cit. 1560.

<sup>616</sup> Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica y Protocolo Adicional al mismo, hechos en París el 11 de diciembre de 1953 art. 2 a) . Ratificado por España el 29 de noviembre de 1982 ( BOE de 17 de febrero de 1984) . Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-4133>

de la seguridad social a las personas sin recursos económicos suficientes. El gran elogio del sistema de seguridad social fue desmercantilizar las prestaciones protectoras de la salud.

Hay un punto neurálgico en la defensa del ámbito subjetivo universal de la asistencia sanitaria y también en el debate iuslaboralista anteriormente mencionado. Este punto es el siguiente: La asistencia sanitaria no guarda relación directa entre cuota y prestación, ya que su financiación es vía impuestos, desvinculación de la asistencia sanitaria de la seguridad social en el plano financiero.. Los autores que defienden que la asistencia sanitaria deviera desgajarse de la seguridad social argumentan que todas y todos los ciudadanos son sujetos activos de los impuestos. *“El individuo mediante el pago, no de todo el costo pero sí de una parte sustancia del mismo, puede sentir que está obteniendo asistencia sanitaria no como una caridad sino como un derecho”*.<sup>618</sup>

Por destacar otro argumento de parte de la doctrina que se muestra proclive a la separación de la acción protectora asistencia sanitaria de la seguridad social se podría citar la constitución del SNS, por la LGS<sup>619</sup> dónde lo preventivo y asistencial se unifican. A partir de este concepto integral LANDA ZAPIRAIN razona que el art. 43 de la CE es la base constitucional para la separación comentada. La argumentación tiene su fundamento en que el art. 43 pudiéndolo indicar no indica nada sobre la inclusión o exclusión del sistema de seguridad social, No obstante razona que tampoco nada impide que se configure la acción protectora de la salud dentro de la acción protectora de la seguridad social, aunque pudiera ser más dificultoso<sup>620</sup>.

ALONSO OLEA insiste con énfasis en que no cabe interconexión entre los art. 41 y 43 de la CE y sobretodo en la financiación nacional y pública de la asistencia sanitaria. Además explica que en la LGS pretende unificar la sanidad en general con las asistencia sanitaria de la seguridad social. Con mayor ambición en su argumentación

---

<sup>617</sup> RD 1192/2012 de 3 de agosto (BOE del 4) por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-10477>

<sup>618</sup> BEVERIDGE, W. Social Insurance and Allied Services, HMSO, Presented to Parliament by Command of his Majesty November 1942 pàg. 119.

<sup>619</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE de 29 e abril de 1986. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>

<sup>620</sup> LANDA ZAPIRAIN, JP. *La Reforma de la Sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*. Consejo económico y social, Madrid 1999, págs. 39-40.

indica que en la refundición de la legislación de seguridad social se excluyeron las materias relativas a asistencia sanitaria.<sup>621</sup> Otro aspecto que se destaca es la separación administrativista al atribuirse a Ministerios diferentes las competencias de prestaciones sanitarias y las de seguridad social.<sup>622</sup>

En el art. 41 de la CE se observa que se emplea por dos veces la palabra “asistencia”, es dable preguntar si se refiere a la asistencia sanitaria como acción propia de la seguridad social o no. Detalla BORRAJO que los textos internacionales ofrecen ejemplos de intersección entre servicios sanitarios y prestaciones económicas dentro de un mismo sistema de seguridad social. Y que la opción por una u otra alternativa depende del concepto que se le de a seguridad social.

Así las cosas, en primer lugar se podría separar la Sanidad y Seguridad Social, en segundo lugar la absorción de la sanidad en la seguridad social y la tercera la absorción de la seguridad social en la sanidad. Por lo que concluye BORRAJO en favor de la separación entre Sanidad y Seguridad Social, o del régimen mixto que separa Sanidad y Seguridad Social, aunque dentro de ésta mantiene la prestación de asistencia sanitaria<sup>623</sup>. Argumenta su apoyo en textos internacionales como el PIDESC con la separación en su art. 9 a la seguridad social, y el art. 12 medidas sanitarias.

Un aspecto que señala BORRAJO que se advierte la intersección entre la salud y la Seguridad Social, parte de protección de la salud queda comprendida en la seguridad social y parte no. El derecho a la protección de la salud se podría canalizar dentro de un sistema sanitario conjuntamente con la salud pública como dentro del sistema de seguridad social conjuntamente con las prestaciones económicas.

Sin perjuicio de afirmar que la postura que incluye a las prestaciones sanitarias dentro del ámbito de seguridad social es seguida por buena parte de la doctrina, refutada por textos internacionales como el Convenio 102 de la OIT, de 1952, sobre Norma mínima

---

<sup>621</sup> Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. BOE de 22 de diciembre de 1990 Disposición final primera, apartado tres. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1990/12/20/26> derogada por el RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio (BOE de 29 de junio), disposición actualmente también derogada.

<sup>622</sup> ALONSO OLEA, M. Las prestaciones del sistema nacional de salud *Op. cit.*, Civitas, 1999, p. 48.

<sup>623</sup> BORRAJO DACRUZ, E. Artículo 43 en AAVV Comentarios a la Constitución Española. Tomo IV Artículos 39 a 55 de la CE de 1978 ALZAGA VILLAAMIL, O (director), Editorial Edersa, Madrid, 1996, pp. 175-176.



en materia de seguridad social. (Se incluye entre la acción protectora de la seguridad social la asistencia sanitaria).

La asistencia sanitaria constituye una prestación o rama específica de la seguridad social, así art. 34 CDFUE<sup>624</sup>. El reconocimiento específico de la asistencia sanitaria sería más un reconocimiento jurídico para reforzar su tutela, practica habitual en el resto de países europeos (Sistema Nacional de Salud)<sup>625</sup>. En los mismos términos ocurriría con la prestación por desempleo (sistema nacional de empleo y protección por desempleo) o el sistema público de pensiones o el sistema nacional de dependencia. El PIDESC y en las Observaciones Generales aprobadas por el CDESC tanto en la 14 como en la 19 prescriben que el derecho a la salud pertenece tanto histórico como actualmente en la tradición del constitucionalismo democrático social al más amplio marco de la seguridad social.<sup>626</sup>

En la Observación general 19 se indica que el sistema de seguridad social debe abarcar entre las nueve ramas principales de la seguridad social el derecho a la salud. Otro texto internacióna a destacar sería la DUDH en el art. 25 garantiza el derecho a la salud en el marco del conjunto de derechos de la seguridad social. El art. 28 de la DUDH señala que *toda persona tiene derecho a que se establezca u orden social e internacional en el que los derechos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.*

En la perspectiva histórica de los orígenes de la seguridad social, la protección de la salud, en particular la asistencia sanitaria formó siempre parte del cuadro de los seguros sociales a partir de los cuales se gestarán los modernos sistemas de seguridad social. Esto es así en las dos direcciones (bismarckiana y beveriadgiana) En la Unión Europea las competencias como ya se estudió son de coordinación no de armonización.<sup>627</sup> La CE no recoge expresamente la cláusula de salvaguardia de la salud como límite en el

---

<sup>624</sup> La Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, enfermedad...”

<sup>625</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”. : *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea, Laborum*, Murcia 2016, p.840.

<sup>626</sup> Idem.

<sup>627</sup> *Ibidem.*, p. 841.

ejercicio de los propios derechos fundamentales y libertades públicas, pero hay que entender que está subsumida en la cláusula general del orden público (art. 21.2).<sup>628</sup>

Sea como fuere, la doctrina iuslaboralista está dividida, centrando el debate en los que ven impensable una separación de la asistencia sanitaria como rama protectora de la seguridad social, donde se encuentra MONEREO. Así se argumenta que las peculiaridades de la asistencia sanitaria como prestación de la seguridad social de una gran complejidad justificaría un especial tratamiento organizativo.<sup>629</sup> Su argumentación como señala también APARICIO se enfocaría en la línea de ver en el SNS el “*reflejo del dinamismo de la Seguridad Social.*”<sup>630</sup>

Así pues, se subraya en la línea de la doctrina citada en el párrafo anterior, que el Reglamento 1408/71 (en su parte no derogada)<sup>631</sup>, Reglamento CE núm. 883/2004 sobre coordinación de sistemas de seguridad social, Reglamento CE núm. 987/2009<sup>632</sup> incluyen la protección de la salud entre las protecciones que están comprendidas en los Sistemas de Seguridad Social europeos objeto de coordinación y armonización. Sobre todo se trataría de ver al sujeto protegido por la asistencia sanitaria con una posición fuerte, dicho en otras palabras que posea un derecho subjetivo. Si se configura el SNS separado de la seguridad social se corre el riesgo de que desapareciese la cualidad de derecho subjetivo y la posición del sujeto quedase debilitada, en manos de la actividad administrativista.<sup>633</sup>

---

<sup>628</sup> BORRAJO DACRUZ, E. Artículo 43 op. Cit p. 170.

<sup>629</sup> BEVERIDGE, W. Social Insurance and Allied Services, HMSO, Presented to Parliament by Command of his Majesty November 1942 p 120.

<sup>630</sup> APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria” Op. Cit.. pág. 1563.

<sup>631</sup> Reglamento (CEE) número 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de la seguridad social DOUE 5 de julio de 1971. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31971R1408>

<sup>632</sup> Reglamento (CE) n° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. «DOUE» núm. 284, de 30 de octubre de 2009, Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32009R0987>

Concretamente, el Reglamento CE número 883/2004 incluye dentro de su campo de aplicación material a las “prestaciones de enfermedad”, art. 3 y el capítulo I, del Título III regula las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimilada”. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A02004R0883-20140101>

<sup>633</sup> APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria” Op. Cit. pág. 1563.

ALZAGA se pregunta incluso sobre el por qué de qué los artículos 41 a 43 aparezcan separados cuando la asistencia sanitaria ha sido el rasgo distintivo de la Seguridad Social. El derecho a la protección a la salud que se cita en el artículo 43.1 incluye necesariamente la asistencia sanitaria. Y añade que lo mejor hubiese sido que se hubiesen refundido, siendo el artículo 41 corolario del art. 43.1 del derecho a la protección de la salud. siendo el artículo 41 corolario del art. 43.1 del derecho a la protección de la salud.

La jurisprudencia constitucional en sus fundamentaciones sí que se ha pronunciado en que las prestaciones sanitarias continuarán regidas por el art. 149 no por el art 148 de la CE, en concreto 149.1.17.<sup>634</sup> Aun existe otra corriente doctrinal que por un tema de extensión y por no tener una embergadura que así lo haga necesario, sólo se cita. Esta corriente pretende agrupar la asistencia sanitaria, las prestaciones de la seguridad social contributivas y las no contributivas y además desempleo, vivienda, ayudas a la familia, rentas mínimas de subsistencia en un sistema general de protección social.

Las prestaciones sanitarias, su legislación básica y su financiación son competencia del estado dentro del concepto amplio de seguridad social. Art. 149.1.17.<sup>635</sup> La integración del sistema sanitario dentro de la seguridad social tiene sus repercusiones en la distribución de competencias Estado- CCAA.

## **1.6 El artículo 43 de la CE y los riesgos psicosociales emergentes**

La protección a la salud que el art. 43 de la CE recoge no queda al margen de los cambios sociales, tecnológicos, económicos o medioambientales. El devenir del tiempo hizo que pasáramos de la primera revolución industrial a la cuarta, de que los trabajos fuesen prácticamente todos de forma manual a la incorporación de robots. Según la definición que la OMS ofrece en su preámbulo, y para conseguir el nivel más alto posible de salud, urge poner el énfasis en los nuevos riesgos psicosociales.

---

<sup>634</sup> MENÉNDEZ REXACH, A. “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas.” *DS: Derecho y salud*, vol. 11, no 1 de 2003, p. 15-36.

<sup>635</sup> ALONSO OLEA, Manuel. *Las prestaciones del sistema nacional de salud*. Civitas, 1999, Madrid p. 49

La pandemia del COVID 19 ha acelerado la preocupación por las consecuencias que la “integridad mental” de las ciudadanas y ciudadanos puedan sufrir. En el ámbito de la prestación laboral se puede indicar que en todas las profesiones u oficios puede haber un desgaste mental y psicológico. La fuerza de los riesgos psicosociales va emergiendo con ímpetu para ocupar el lugar merecido dentro del derecho al más alto posible nivel de salud.

Así pues en la STSJ de Canarias 299/2021<sup>636</sup> se estimó que el Ayuntamiento había incurrido en incumplimiento en su obligación de prevención de riesgos psicosociales. No se gestionó con diligencia un conflicto laboral para minimizar el riesgo. Este hecho conlleva una sanción grave prevista en el art. 12.1 de la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social (en adelante LISOS). La indemnización reparadora del daño moral tiene una función jurídica, social, y disuasoria también en materia de prevención de riesgos laborales, la cual tiene un impacto en la salud e integridad física y mental de la persona (art. 15 y 43 de la CE). El empleador está en la obligación de crear en base al art. 14 y 15 de la LPRL y art. 5 d) y 19 del ET, un ambiente psicosocialmente adecuado. En el caso enjuiciado objetivamente había la existencia de un dilatado conflicto susceptible de riesgo psicosocial.

Es indudable poner el énfasis en las nuevas tecnologías, afectas al derecho a la protección a la salud y a la seguridad y salud laboral. Rodeados de nuevas tecnologías y servicios públicos que demandan un acceso vía on line no es atrevido pensar que no tener acceso a las mismas genera una calidad de vida inferior. Se debería plantear la cuestión si ¿debería ser un derecho la formación y el acceso a internet? ¿se ha de asumir como normal la brecha digital? Por otro lado, y configurando así la otra cara de la moneda un exceso de los entornos digitales ¿no provoca otras enfermedades? ¿con la conexión a internet desaparece el descanso?<sup>637</sup>

---

<sup>636</sup> Tribunal Superior de Justicia. Palmas de Gran Canaria (Las). Sentencia de 22 de marzo de 2021. 779/2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/27b4469f741fe5e2/20210409>

<sup>637</sup> Ley 10/2021, de 9 de julio, de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472> trabajo a disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472>

El derecho a la desconexión digital es un derecho de carácter instrumental. Sería un medio para conseguir otros como el descanso y la intimidad personal y familiar<sup>638</sup>, conciliación de la vida personal y familiar, y a la salud y seguridad en el trabajo. Además de su conexión con el art. 15 del texto constitucional y el art. 18.4 de la CE que impone al legislador el deber de “*limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”.

Se podría considerar un derecho fundamental, relacionado con el derecho a la salud, el no atender nada relacionado con el trabajo en los períodos de descanso, esto implica un deber empresarial. La reconexión digital sólo debería estar permitida en casos excepcionales que se tuvieran que atender bienes o derechos dignos de una protección mayor. Están en juego derechos tan fundamentales como descansar, la intimidad, la conciliación de la vida familiar y laboral y la protección de la salud.<sup>639</sup>

La mayor parte de las veces esta reconexión digital no es remunerada, y entran también factores como el miedo a una represalia por esa no reconexión. Siguiendo esta línea argumental bien podría asimilarse a la hora extraordinaria y mediante esta figura jurídica se podría instrumentar la reconexión digital. Como en su momento parecía extraño limitar la jornada cuando se trataba de puestos presenciales, prevenir el hiperpresentismo digital también ha de llegar a verse no extraño. La clave se encuentra en configurar el derecho a la desconexión digital y limitar de forma rigurosa sus excepciones<sup>640</sup>

En la CE se haría referencia a la desconexión digital en el art. 40.2, ya que se atribuye a los poderes públicos garantizar el derecho al “*descanso necesario*” mediante la limitación de la jornada laboral o derecho a vacaciones. El derecho al descanso y la distribución del tiempo de trabajo no ha sido clarificado en su totalidad, motivo por el

---

<sup>638</sup> LO 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. BOE 6 de diciembre de 2018 art. 88 Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>,

<sup>639</sup> SANGUINETTI, W. “¿Derecho a la desconexión o deber de reconexión digital?”. *Editorial Wolter Kluwer Trabajo y derecho* núm. 78 de 2001. Editorial Wolter Kluwer.

<sup>640</sup>Idem. .

que abundan los procedimientos judiciales<sup>641</sup>. Se prevé que incrementen si se añade ahora el hiperpresentismo digital. Hubiera sido preferible definir de manera clara el tiempo al descanso<sup>642</sup>.

Si se considerara el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a las nuevas tecnologías y el derecho a la desconexión digital, el texto constitucional a redactar tendría buenos referentes dónde fijarse tales como el art. 24 de la DUDH, el art. 7 d) del PIDESC o los diferentes Convenios de la OIT que hacen referencia a los diferentes aspectos del derecho al descanso. Además Europa tampoco ha pasado por alto el derecho al descanso véase el art. 2 de la CSE, o la CDFUE en su art. 31.2.

### **1.7 El artículo 43 de la CE y la perspectiva de género**

Se ve necesario una mirada desde la óptica de la perspectiva de género del art. 43. Cuando se redacta el artículo no se piensa en la connotación diferenciada de género en relación con la salud. Así en el ámbito laboral la incorporación de la perspectiva de género ligado a la seguridad y salud en el trabajo aparece por vez primera en el contexto de la Unión Europea en la Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo (2002/2006), reiterándose en la estrategias para los años 2014-2020 en relación con los riesgos nuevos y emergentes. Tales iniciativas no se traducirán en la necesidad de adaptar el marco jurídico comunitario.<sup>643</sup>

En España la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de la salud, y salud laboral viene impulsado por la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ( en adelante LOIMH)<sup>644</sup>. Su artículo 27 dispone la integración de la igualdad en las políticas de salud. Consecuencia de este precepto se modifica el art.

---

<sup>641</sup> SANCHEZ TRIGUEROS, C.: “El impacto de la Industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital. El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar”. Dir. Kahale Carrillo, D. director. Editorial Aranzadi S.A.U 2020 Navarra p. 224

<sup>642</sup> VALLECILLO GÓMEZ, M.R: “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* volum. 8 de 2020 p. 218.

<sup>643</sup> VALLEJO DA COSTA. R. *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos*. Editorial Bomarzo., Albacete, 2019. pp. 12-13.

<sup>644</sup> LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 24 de marzo de 2007) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

21 de la Ley 14/1986 y el art. 33 de la Ley General de Salud Pública (en adelante LGSP)<sup>645</sup>.

La LOIMH incluyó un nuevo apartado 4 en el apartado quinto<sup>646</sup> en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). La incorporación de la dimensión de género en la SST es la consecuencia de la aplicación de la transversalidad del principio de igualdad o de género. Señala VALLEJO que la aplicación del principio de igualdad en la políticas de SST, no sólo a mujeres sino a todas y todos los trabajadores se consigue vía art. 15 de la LPRL. En éste artículo se configura la acción preventiva del trabajo a la persona en base al art. 32 de la LGSP que preconiza el concepto integral de salud defendido por la OMS.<sup>647</sup>

Es la STSJ de Canarias de 2 de julio de 2019<sup>648</sup> que por primera vez aplica la perspectiva de género en el ámbito de los riesgos laborales. Señala la resolución que el concepto de peligrosidad del art. 39.3 de la LISOS se debe interpretar conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género. La resolución estima el recurso de suplicación y declara que no puede considerarse que el trabajo de las camareras de piso sea de escasa peligrosidad. Se fundamenta en el esfuerzo ergonómico que realizan de carácter repetitivo que se manifiesta en alteraciones musculoesqueléticas diversas que al diagnosticarlas son irreversibles y crónicas.

El sector de limpieza y pisos es un sector claramente feminizado, la mayoría de las personas que lo integran son mujeres. De hecho en los convenios colectivos los salarios más bajos forman parte de esta categoría profesional. Es aquí cuando se deben considerar los artículos 4 y 15 de la LO 3/2007 de Igualdad efectiva de hombres y mujeres. Destaca la resolución del TJUE de 19 de octubre de 2017 (caso Otero-Ramos, C-531/15), dónde se conecta la falta de evaluación de riesgos laborales con la

---

<sup>645</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. BOE de 5 de octubre de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/04/33/con>

<sup>646</sup> “Las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”

<sup>647</sup> VALLEJO DA COSTA. R. *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos* op.cit Pág. 124.

<sup>648</sup> Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sentencia de 2 de julio de 2019. Núm. de recurso 369/2019. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0f6d25aa54f8d9f8/20190716>

discriminación por razón de sexo. También la STC 26/2011 de 14 de marzo de 2011<sup>649</sup> subraya que la interpretación de las normas se debe realizar de la forma más favorable a la efectividad a los derechos fundamentales de las mujeres.

La normativa de prevención de riesgos laborales tiene un claro impacto en la salud de las personas trabajadoras (art. 15 y 43 de la CE). De esta forma constatado objetivamente un riesgo laboral debe actuarse preventivamente.<sup>650</sup> Sea como fuere el concepto peligrosidad contenido en el art. 39.3 de la LISOS se debe interpretar integrando la perspectiva de género en base al art. 4 de la LOIMH. Además de las dolencias físicas estas lesiones somáticas se acompañan de síntomas psíquicos debido a la monotonía y repetición y sobrecarga de trabajo. Se debe tener en cuenta la función disuasoria de las sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales.

En la sentencia TSJ de Cataluña 4740/2021 de 30 de septiembre de 2021<sup>651</sup> se aplica también el art. 4 de la LOIMH: el proceso de incapacidad temporal de la actora se inicia cuando está embarazada, habiendo sido acreditada la situación de riesgo durante el embarazo. Los derechos de igualdad entre hombres y mujeres se rigen por el principio de transversalidad de obligado acatamiento por los poderes públicos según art. 15 de la LOIMH.. Se alude también a la sentencia de 10 de diciembre de 2018. En los hechos se acredita la existencia de embarazo en el momento de la solicitud de riesgo por el embarazo.

En la evaluación de riesgos realizada por la empresa se señalaba a las trabajadoras embarazadas como especialmente sensibles. El técnico de prevención de riesgos laborales de la empresa emitió informe en el que indicaba que había riesgos por agentes químicos, carga física, postural y por nocturnidad, en los puestos de trabajo de conductor, ayudante de portacamillas y camillero y que eran susceptibles de representar riesgo para el embarazo. También concurría riesgo a los agentes químicos que podrían perjudicar a la trabajadora embarazada.

---

<sup>649</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 11 de abril de 2011 <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6808>

<sup>650</sup> Vid. STC 62/2007 y 160/2007 ya citadas.

<sup>651</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sal de lo Social. Sentencia de 30 de septiembre de 2021. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0f80136389fd8829/20211126>



La exigencia de la prevención de riesgos se contiene en los art. 14 y ss de la LPRL, señalando el art. 16 que la misma ha de tener una especial dimensión en supuestos especiales, como los de la situación de maternidad o lactancia natural de la trabajadora. (STS 11 de julio de 2018<sup>652</sup>) No habiendo sido acreditado que la evaluación de riesgos laborales hecha por la empresa describa los agentes químicos concurrentes en el puesto de trabajo y su incidencia en la trabajadora embarazada, procedía tener por acreditada la concurrencia de aquellos. También señala la sentencia de 11 de julio de 2018 y 24 de abril de 2019<sup>653</sup> que en el supuesto de riesgo por el embarazo, el bien jurídico protegido, aun siendo la salud de la madre, también conecta con el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la CE.

El art. 7 al define los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexos y los relaciona con el artículo 14. Aunque finalmente en el art. 27 se relacionan a la salud laboral, por ende se añade un apartado 9 al art. 17 de la Ley General de Sanidad. “*protección, promoción y mejora de la salud laboral, en especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*” también se le da nueva redacción al art. 4.3 e) del ET. El acoso en el trabajo es un atentado contra la dignidad de las personas, art. 10, integridad art. 15 y intimidad, art. 19.

Abogan por centrar el debate como un atentado al art. 14 principio de igualdad, y no con el derecho a la intimidad y a la dignidad. Subraya que la violencia de género en el trabajo no se debería enfocar como un subtipo del acoso moral. En este caso los derechos fundamentales en juego son la dignidad humana y la integridad física y moral.<sup>654</sup>

En cambio en el acoso sexual y acoso por razón de sexo el atentado es contra el derecho a la igualdad y no discriminación aboga porque la violencia en el trabajo se debería haber incluido en la Ley Orgánica de violencia de género precisamente por el bien jurídico que se protege. Combinar los mecanismos de tutela antidiscriminatoria con las

---

<sup>652</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 11 de julio de 2018. Resolución 739/2018 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6c10d27561d5c39e/20180803>

<sup>653</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 24 de abril de 2019. Resolución 323/2019. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4df6b1148317771b/20190524>

<sup>654</sup> SOBRINO GONZALEZ, G. *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013 pág. 55 y ss.

obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales, visión acorde con el art. 190 de la OIT.

La salud de la mujer va muy ligada a la conciliación de la vida familiar y laboral. Se trata de una materia que ha tardado en incorporarse al ordenamiento jurídico (tanto comunitario como nacional), debido a que el mercado laboral aún se encuentra fuertemente masculinizado y siguen vivos los roles tradicionales: el principal, el de cuidadora a la mujer. Lo que resulta contradictorio y preocupante es que mujeres representen hoy en día un poco más de la mitad de la población mundial y su contribución esté aún muy por debajo de la media.<sup>655</sup>

En el ciclo vital de la mujer hay una coincidencia entre funciones reproductivas, cuidado de familiares, integración y vida profesional. Motivo por el que la mujer renuncia a su trabajo para atender a familiares o intenta conciliar vida laboral y familiar suponiéndole una doble carga de trabajo. Lo lógico sería que hombre y mujer pudiesen decidir el modelo de familia a adoptar, aunque por ahora sin una intervención estatal para conciliar parece utópico o excepcional.<sup>656</sup>

Se trata de contribuir a que se facilite el ejercicio del derecho a la conciliación hacia una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres y de hacerlo con apoyo constitucional con el respaldo del art. 43 de la CE. Otros artículos a los cuales afectaría sería: el art. 14 principio de igualdad, art. 18 intimidad y art. 50 en relación al cuidado de ancianos.

Nos hacemos eco en este apartado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2013 (Asunto Riezniece)<sup>657</sup> que *estableció* que el trato peyorativo dispensado a las personas que ejercitaran derechos de conciliación puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo si se constata la mayor afectación femenina. Los datos del INE apuntan que aunque el número de hombres

---

<sup>655</sup> LÓPEZ INSUA, Belén del Mar. *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*. Editorial Laborum, Murcia 2017, p. 141.

<sup>656</sup> *Ibidem.*, p. 142.

<sup>657</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de junio de 2013 Asunto C-7/12 Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138696&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1888897>

encargado del cuidado de dependientes ha aumentado son las mujeres las que mayoritariamente asumen las tareas de cuidado.

En el preámbulo de la ley 4/2020 de 18 de febrero sí se hace eco de la no existencia de mecanismos que garanticen el derecho a ausencias por fuerza mayor familiares. Es cierto que hay algún avance, aunque la pandemia del COVID-19 ha supuesto bastantes pasos atrás en el camino a la conciliación buscado. Se destaca la declaración de intenciones del preámbulo de la Ley al señalar que la conciliación no es tarea única y exclusiva de la persona sino de la empresa y de la sociedad.<sup>658</sup>

### **1.8 El artículo 43 de la CE y las enfermedades crónicas**

El derecho fundamental a conseguir el nivel más alto posible de salud debe tomar en consideración las enfermedades crónicas. No es baladí indicar que la esperanza de vida ha aumentado, pero al mismo ritmo también se incrementan las enfermedades crónicas. Para las y los enfermos crónicos el derecho a la protección de la salud, art, 43 de la CE, centrado en el ámbito laboral se traduce en el hecho de no ver agravada su enfermedad por el hecho de trabajar. La contrapartida del empresario es ajustar el plan de prevención de riesgos laborales empresariales para no agravar y facilitar el trabajado de las personas con este tipo de dolencias.

En el ámbito de la Unión Europea con carácter general la Directiva 89/391 está orientada a la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo. En su art. 14 se indica que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Las y los trabajadores con enfermedades crónicas también tendrían derecho a la salud laboral en el trabajo, lo que comporta que la empresa pueda adoptar su puesto de trabajo a las necesidades de la persona enferma y así continuar trabajando. Lo contrario perjudicaría a la salud, ya que se verían excluidas del mercado laboral.

---

<sup>658</sup> Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre BOE de 19 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/02/18/4>

En este contexto y realizada la anterior afirmación basada en la salud de las personas enfermas con dolencias crónicas (art. 43.1) y su derecho al trabajo (art. 35.1), también sería necesario para garantizar la sostenibilidad del sistema de seguridad social. La poca regulación jurídica al respecto de las personas con enfermedades crónicas deja al descubierto una laguna que bien podría considerarse discriminación por salud o enfermedad, art. 14 de la CE.<sup>659</sup> Se entiende además que el trabajo adecuado es terapéutico y positivo de cara a la mejora de su nivel de salud.<sup>660</sup>

La promoción de la permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo, además de ser positivo para su salud y necesario para garantizar la sostenibilidad del sistema de seguridad social, también deriva del derecho al trabajo de estas personas. (art. 35.1 de la CE), que no podría negárseles por el hecho de padecer una enfermedad crónica. En última instancia esto podría constituir una discriminación por razón de salud o enfermedad. Se debería promover la salud de estos trabajadores y trabajadoras y su bienestar en el trabajo, incidiendo sobretodo en la adaptación de las condiciones de trabajo a sus necesidades para que puedan continuar trabajando.<sup>661</sup>

## **2. EL DERECHO A LA SALUD EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA**

En este segundo apartado del capítulo II se pretende ver la regulación de la protección del derecho a la salud en el EAC. Se analiza en primer lugar la regulación del derecho a la salud en el EAC. Con posterioridad se estudia la normativa dictada a raíz de la distribución de competencias entre Estado y CCAA y la distribución del marco normativo catalán. Los dos últimos apartados se refieren al ámbito subjetivo del derecho a la protección a la salud y la perspectiva de género en la normativa estudiada.

---

<sup>659</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2020, pp.151 y ss

<sup>660</sup> *Ibidem.*, p. 162-166

<sup>661</sup> *Ibidem.*, p. 307

## 2.1. El derecho a la salud en el EAC

El Estatuto de Autonomía de Cataluña<sup>662</sup> incluyó en su articulado derechos fundamentales, más concretamente en el Capítulo I del Título I (derechos, deberes y principios rectores), es el artículo 23 el que regula el derecho a la salud.<sup>663</sup> La inclusión de derechos fundamentales en normas que no sean constitucionales ha sido un tema que ha suscitado debate. Quienes parten de que sólo pueden regularse en normas constitucionales se basan: en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, o en un quebranto a la igualdad como principio (art. 1.1 y 14 de la CE) o el principio del artículo 139.1 de la CE que señala *“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”*.<sup>664</sup>

En la STC 31/2010 de 26 de junio<sup>665</sup> se examinó por parte del TC los llamados *“derechos estatutarios”* que se incluyeron en la reforma del EAC, y acaba concluyendo que son meros principios programáticos y que en ningún caso suponen regulación de derechos fundamentales. Son mandatos de actuación a los poderes públicos, ya se les llame principios rectores o derechos. Los antecedentes de la sentencia se enmarcan en la fecha 31 de julio de 2006, don Federico Trillo Figueroa y Martínez- Conde, Diputado del Congreso y Comisionado por noventa y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del EAC.

---

<sup>662</sup> LO 6/2006 de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE de 20 de julio de 2006) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-13087>

<sup>663</sup> *“Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a a los servicios sanitarios de responsabilidad pública en los términos que establezcan por Ley. Los usuarios de la sanidad pública tienen derecho al respeto de sus preferencias en los que concierne a la elección de médico o médica y de centro sanitario, en los términos y las condiciones que establecen las Leyes. Todas las personas, con relación a los servicios sanitarios públicos y privados, tienen derecho a ser informadas sobre los servicios que han de acceder y los requisitos necesarios para su uso, sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que le sean aplicados, a dar el consentimiento para cualquier intervención, a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establecen en la Ley”*.

<sup>664</sup> LO 6/2006 de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE de 20 de julio de 2006) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-13087>

<sup>665</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad. BOE, de 16 de julio de 2010 Disponible en: [https://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409](https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-11409)

Su legitimidad viene determinada por si su mandato vincula al poder público catalán y si se realiza siempre en el marco de sus competencias. En base al art. 37.4 del EAC ni éste ha creado derechos fundamentales distintos de los que se enuncian en la CE ni ha podido afectar al régimen de tales derechos por lo que se refiere a titularidad, regulación y condiciones de ejercicio.

Al hilo de lo señalado en la sentencia, es en el art. 162 del EAC dónde vienen contempladas las competencias asumidas por la CCAA en materias como la “*Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos*” fueron impugnados en base al artículo 149.16 de la CE. Según manifiesta el TC (fundamento jurídico 102) la organización y funcionamiento de los centros sanitarios, opera la competencia asumida por la CCAA (el TC alude a la STC 50/1999 Fdt. Jurídico tercero). Las competencias como “*evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos*” son potestades de supervisión de competencia autonómica sin excluir normas básicas del Estado.

El artículo 162.3 del EAC señala a la CCAA la competencia compartida en los ámbitos de sanidad y salud pública. Al Estado le corresponden las bases y la coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16 CE). El TC manifiesta que no hay necesidad que el EA haga una salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el artículo 149.1 “*son límites infranquejables a los enunciados estatutarios*”. Por lo que se refiere al apartado 162.4 del EAC, donde se dispone la participación de la Generalitat en la “*planificación estatal en materia de sanidad y salud pública con arreglo al Título V*”.

Corresponde al legislador estatal determinar la libertad en la planificación, su concreto alcance, su modo de articulación quedando a salvo la titularidad de las competencias estatales. El precepto estatutario no tiene la necesidad de precisar el alcance ni las modalidades participativas. Por todo lo dicho la STC desestima la impugnación de los artículos 162.1,3,4, 5 del EAC. El artículo 162.5 se desestima la inconstitucionalidad ya que no se definió el alcance de la competencia ejecutiva atribuida a la CCAA. (artículo que menciona la competencia ejecutiva de la Generalitat en materia de productos farmacéuticos)

Las y los ciudadanos residentes en Cataluña podrán acudir al Consejo de Garantías Estatutarias si consideran que hay una infracción a dichos principios, no afecta al ejercicio de la función constitucional ejercida por el TC. Por lo que se refiere a la institución del Síndic de greuges el TC no defiende su exclusividad para la supervisión de la administración autonómica.<sup>666</sup>

En el voto particular a la STC 31/2010 de 26 de junio, formulado por el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas señala que en los estatutos de autonomía no se deberían regular materias reservadas a la Constitución ni materias reservadas a leyes orgánicas. Es dable señalar que el derecho a la salud no está regulado en la CE como derecho fundamental.

Sea como fuere, en el art. 23 del EAC hay una novedosa regulación sobre el derecho a la salud, en el que se hace referencia a “*todas la personas*”. La garantía al máximo nivel de salud reclama las máximas garantías posibles. Se prescribe el principio de universalidad al señalar a todas las personas, y también que se tendrá derecho a acceder en condiciones de “*igualdad*” y “*gratuidad*” a los servicios sanitarios. En los siguientes apartados se indica que los usuarios tienen derecho a la elección de médico o médica y centro de sanitario.

El tercer párrafo del artículo 23 hace referencia al derecho a información sobre los servicios a los que se puede acceder, tratamientos médicos y riesgos, dar el consentimiento en las intervenciones, acceder a la historia clínica propia y a la confidencialidad. Un grado de concreción que podría ser precisa también si se modificase el art. 43 de la CE para poder delimitar sin fisura el contenido irreductible del mismo.

En efecto, se hace necesario advertir que no sólo es el artículo 23 dónde se recoge el derecho a la protección de la salud. En un concepto amplio de salud, que es el que se defiende en esta tesis habría otros preceptos interconectados al artículo 23. El artículo 25 regula los derechos en el ámbito laboral. Su apartado tercero alerta del trabajo en

---

<sup>666</sup> ENÉRIZ OLAECHEA, FJ. “El alcance de los derechos estatutarios: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, no 7, p. 73-78.

condiciones de seguridad, para garantizar la salud y la dignidad de las y los trabajadores.

Además el artículo 27 cita también el derecho a a la salud en la regulación del medio ambiente. El medio ambiente de trabajo también debe ser respetuoso con la salud, no de otra forma se podría vivir en un medio equilibrado y sostenible. También es el artículo 28 el que cita la protección de la salud en las personas en su condición de consumidoras y usuarias.

En el artículo 41 se regula la perspectiva de género. Interesa el apartado segundo al señalar que los poderes públicos deben garantizar la transversalidad en la incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas, por ende también en la salud. También los poderes públicos deben garantizar las medidas para hacer frente a la violencia contra la mujer y para velar que la libre decisión de la mujer sea determinante en todos los casos que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental, principalmente en lo que respecta a su propio cuerpo, y a su salud reproductiva y sexual. La violencia contra la mujer tiene un claro reflejo en la violencia en el ámbito laboral.

## **2.2. El derecho a la salud y las competencias autonómicas de Cataluña**

El Estado tienen reservadas competencias en “*sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos*” (art.149.16) Señala el TC que al fijar las bases de una materia se trata de que se tenga una normativa uniforme y de vigencia en todo el territorio español, de esta forma se facilita que cada CCAA pueda desarrollar sus propias competencias.<sup>667</sup> Además valga decir que el art. 149.1.1º prescribe que “*el Estado es competente en exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*”. El TC ha señalado que por Ley autonómica se podrían regular aspectos para la organización y el

---

<sup>667</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia número 32/1983, de 28 de abril. «BOE» núm. 117, de 17 de mayo de 1983. Disponible en: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1983-14101> PER QUÈ SURT AQUESTA SENTÈNCIA AQUÍ?



ejercicio en la respectiva CCAA, siempre que no se contradiga ni a la Constitución ni a la Ley orgánica correspondiente.<sup>668</sup>

La distribución competencial quedaría con el siguiente esquema: correspondería al Estado en materia de sanidad interior las bases, la coordinación general y la alta inspección. A la Generalitat de Cataluña el desarrollo legislativo, el reglamentario y la ejecución. En relación a los productos farmacéuticos la legislación y ejecución correspondía al Estado y a la Generalitat la competencia organizativa interna.<sup>669</sup>

La CCAA de Cataluña, como el resto de CCAA, se ha preocupado de la ordenación sanitaria basada en la racionalización y coordinación. Como antecedente a destacar se debe llamar la atención de que ya en 1934 el Parlamento de Cataluña dictó la Ley de Bases para la organización de los Servicios de Sanidad y Asistencia Social.<sup>670</sup> y la Ley de Coordinación y de Control del Sistema Sanitario Público.

En base al respeto al art. 149. 1. 16 de la CE el EAC<sup>671</sup>, en su art. 162 regula la Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos. Este artículo se divide en cinco apartados, destacando los dos primeros las competencias exclusivas de la Generalitat, así organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de establecimientos sanitarios y ordenación farmacéutica, el tercer y cuarto apartado prescriben qué competencias serán compartidas con el Estado como la prestación farmacéutica, salud laboral, sanidad alimentaria, sanidad medioambiental o vigilancia epidemiológica. El último apartado señala la competencia ejecutiva de la legislación estatal en productos farmacéuticos.

La Ley Orgánica 6/2006 de 19 de julio de reforma del EAC derogó la Ley Orgánica 4/1979 de 18 de diciembre por el que se aprobaba el EAC. En ésta norma era el art. 17 el que se hacía eco de las competencias que en sanidad el constituyente le había permitido. En el apartado primero del art. 17 manifestaba que correspondía a la

---

<sup>668</sup> SSTC 1473/1998 y 225/2006 referidas no obstante al derecho de asociación.

<sup>669</sup> LLEVADOT ROIG, RAMON M. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña Volumen II* Instituto de Estudios Autonómicos 1990 Pág. 708.

<sup>670</sup> El régimen económico era mixto público y privado.

<sup>671</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. «BOE» núm. 172, de 20/07/2006. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2006/07/19/6/con>  
La redacción actual es conforme al Pleno Sentencia 31/2010 de 28 de junio de 2010. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006. Versión vigente desde el 16 de julio de 2010.

Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia interior, siendo el apartado dos el dedicado a las competencias en seguridad social (desarrollo legislativo y ejecución de la normativa básica estatal, salvo materia económica).

El EAC finalizaba el art. 17 con dos párrafos más, en lo que concierne al primer párrafo prescribía que la Generalitat era competente para gestionar todos los servicios sanitarios de su territorio, siendo el Estado el encargado de inspeccionarlos, dicho en otras palabras si bien las normas, su regulación de sanidad era materia reservada al Estado, la prestación de los servicios sanitarios era responsabilidad de la Generalitat.

El último párrafo del art. 17 ya no respondería al principio de distribución de competencias, se asimilaba a una norma de conducta para la Generalitat, para indicar cómo se debían esas competencias. Se establecía la obligación de respetar el principio de participación<sup>672</sup> a nivel individual, a través de asociaciones representativas en el ejercicio de las competencias en materia de sanidad y seguridad social.<sup>673</sup> Como añadido a ese artículo se deberían completar entre otros el Decreto 2210/1979 de 7 de septiembre<sup>674</sup>, el RD 1949/180 de 31 julio<sup>675</sup> el RD 1517/80 de 8 de julio.<sup>676</sup>

Por lo que respecta al marco estatal: La ley de bases de la Sanidad Nacional se dictó en un contexto político y social radicalmente diferente al nacido con la CE. De esta forma el Gobierno pretendió establecer las bases ex novo, publicando el RD 2824/1981 y 2825/1981,. En este sentido la Ley 14/1986 de 25 de abril es fruto del contenido de

---

<sup>672</sup> Principio recogido en la CE en los art. 9.2, 23.1 y 129.1. Constitución Española. BOE de 29 de diciembre de 1978. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

<sup>673</sup> MOLAS, Isidre (ed.). *Comentaris jurídics a l'estatut d'autonomia de Catalunya*. Edicions 62, 1982.

<sup>674</sup> Sobre transferencias de la administración del Estado a la Generalitat de diversas materias entre ellas la sanidad (art. 15 a 18). Esta disposición fue dictada antes de la aprobación del Estatuto de Autonomía, su importancia radica en que no se limita a transferir servicios, sino que traspasa también la competencia RD 2543/1977 de 30 de septiembre, que la administración tenía sobre las materias que se enuncian y por otro la Generalitat asumirá con carácter definitivo y automático y sin solución de continuidad los servicios traspasados. EAC disposición transitoria sexta.

<sup>675</sup> Se traspasan los centros y servicios de la Administración institucional de la Sanidad Nacional en Cataluña, así como las unidades administrativas de las Delegaciones territoriales del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social en Cataluña y las funciones de inspección, sanidad y salud que eran ejercidas por las Delegaciones Territoriales del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social en Cataluña, sin perjuicio de la Alta Inspección del Estado.

<sup>676</sup> Traspaso de servicios de la Seguridad Social a la Generalitat de Catalunya en materia de seguridad social (INSALUD y INSERSO).

estos reales decretos, añadiendo las aclaraciones <sup>677</sup> de las SSTC de 28 de abril y 20 de mayo de 1983, donde se resuelven los conflictos de competencia interpuestos por Gobierno Vasco y Generalitat de Catalunya respectivamente. <sup>678</sup> No es objetivo de este trabajo hacer un estudio sobre el concepto “bases” pero sí en la medida en que su definición configura lo que puede ser el sistema sanitario catalán.

Sirva como ejemplo de lo que se está planteando la STC 51/2006 de 16 de febrero de 2006<sup>679</sup> sobre conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Catalunya contra el art. 18.3 del RD 928/98 de 14 de mayo <sup>680</sup>. Se declaró que el art. 18.3 de dicho Real Decreto vulneraba las competencias de la Generalitat de Cataluña, en el sentido de establecer que el Inspector o Subinspector que practicasen el Acta de infracción asumiría las funciones de instructor del expediente sancionador, y aquí es dónde radicaba la inconstitucionalidad, en aquellos casos que la competencia sancionadora correspondiera a la Generalitat de Catalunya corresponderá a ésta la determinación del órgano encargado de la instrucción del expediente sancionador. Para mayor inrid se manifestaba que la propuesta definitiva que esa inspección formulase lo fuese de resolución, en los casos en que la competencia sancionadora correspondiera por razón de la materia a la Generalitat de Catalunya, por lo que también hubo que declararlo inconstitucional.

Para clarificar la distribución de competencias el TSJ de Cataluña también se ha pronunciado, se puede destacar la Sentencia 7891/2002<sup>681</sup>, manifiesta la resolución que el EAC de 1979 disponía en su art. 17 que el concepto de sanidad interior comprendía las tareas de salud pública y asistencia sanitaria y así en ese art. 17 del EAC, facultaba a

---

<sup>677</sup> En palabras del TC “*el Tribunal no declaraba qué es básico en materia de sanidad interior, sino tan solo sí sería básico el contenido de un determinado precepto en el caso que procediera del legislador estatal quedando en completa libertad dicho legislador para establecer con carácter general las bases de la materia, aceptando o no las fijadas anticipada o indebidamente por el Gobierno*”.

<sup>678</sup> AAVV. Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cataluña. Volumen II. Institut d’estudis autònomic Barcelona, 1990 pp. 705 y ss.

<sup>679</sup> Sentencia 51/2006 de 16 de febrero (BOE de 16 de marzo de 2006) disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5653>

<sup>680</sup> Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. «BOE» de 03/06/1998. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-12816>

<sup>681</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sentencia de 11 de diciembre de 2002. Número de resolución 7891/2002 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b2b7c7164a821cb4/20040417>

la CCAA de Cataluña para organizar y administrar todos los servicios sanitarios necesarios. Por este motivo se crea el ICS por Ley 12/1983<sup>682</sup> dónde una de sus competencias es la gestión de los servicios y las prestaciones sanitarias de la seguridad social. Añade la Sentencia lo que serviría de clarificación y seguridad jurídica que las competencias propias de la Generalitat de Catalunya en materia de sanidad interior y la forma de desplegarlas quedo recogido en los artículos 4.2, 41,44,49,50,52,,84 y 87 de la Ley General de sanidad.

Más reciente en la STSJ de Cataluña 1074/2012 de 9 de octubre<sup>683</sup>, dónde se indica que el SNS se presta en la CCAA bien por el Institut Català de la Salut (en adelante ICS) bien por el Servei Català de la Salut (en adelante SCS). Se remite la sentencia a los razonamientos de la Sala de lo Social de 29 de octubre de 2001. Se plantea la cuestión sobre si la asistencia sanitaria de las MATEP y la inclusión de dichas prestaciones sanitarias se incluye entre las competencias que compete tutelar a los poderes públicos, según art. 43.2 de la CE y la Ley 14/1986. En esta Ley se señala en el art. 44 que *todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la Salud integrarán el SNS*, en similares términos el art. 12 del RD 1993/1995 de 7 de diciembre.<sup>684</sup> En Cataluña el ICS es la entidad gestora de la Seguridad Social y de los servicios y prestaciones de la Generalitat.

Por su parte la Ley 15/1990 fue la que se creó para ordenar el sistema sanitario de Cataluña y estableció la regulación general de todas las acciones conducentes a hacer efectivo el art. 43 de la CE en el marco del EAC creando el SCS. Fue la Ley 11/1995, de modificación parcial de la Ley 15/90 quien configuró el SCS como un ente público de naturaleza institucional, sujetándose sólo en las relaciones externas al derecho privado. Se llega también a la conclusión que las MATEP, dónde se llevan a cabo las prestaciones de asistencia sanitaria tienen la condición de entidades del SNS.

---

<sup>682</sup> Ley 12/1983 de 14 de julio, de administración institucional de la sanidad y de la asistencia y los servicios sociales de cataluña, creó el Instituto Catalán de la Salud como entidad gestora de la Seguridad Social y de los servicios y prestaciones sanitarias de la Generalitat derogado por la Ley 8/2007, de 30 de julio, del Instituto Catalán de la Salud disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-15544>

<sup>683</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sentencia de 9 de octubre de 2012. Resolución 1074/2012. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4d6c8a6e5c16061b/20121204>

<sup>684</sup> RD 1993/1995 de 7 de diciembre (BOE de 12 de diciembre) se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las MATEP disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26716>

### 2.3. El derecho a la salud y el marco normativo catalán

En 1983 el Parlamento Catalán promulgó la Ley 12/1983<sup>685</sup> que creó el ICS como se acaba de indicar en apartado anterior. Sería la entidad gestora de los servicios y las prestaciones sanitarias propias de la Generalitat y de las transferidas de la Seguridad Social. En el año 1990 se dicta la Ley 15/1990 de 9 de julio de ordenación sanitaria de Cataluña<sup>686</sup>, pionera en el Estado Español, que creó el SCS tomando como principios: la universalización, integración de servicios, simplificación, racionalización, eficacia y eficiencia, descentralización y desconcentración, sectorización y participación comunitaria.

Se debe acoger con elogio la Ley 15/1983 de 14 de julio de higiene y control alimentario<sup>687</sup>, como desarrollo de lo preceptuado en el EAC (como antecedente preconstitucional encontramos la Orden de 19 de febrero de 1980) sobre control sanitario de la industria y productos alimentarios. Una buena alimentación es base de una buena salud, lo que lleva a posicionar la alimentación como determinante básico de la salud. ¿se podría llegar a plantear el fomento de la educación alimentaria junto con el deporte en el art. 43.3 de la CE? Además del control alimentario individual para una vida saludable, como medida reparadora y control de los alimentos se debería poner el acento en las intoxicaciones e infecciones de origen alimentario.

Merece también este elogio por su trascendencia y por ser Ley pionera en el Estado Español la Ley 20/1985 de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia<sup>688</sup>, como bien señala su preámbulo es un *fenómeno social de carácter epidémico*.<sup>689</sup> Esta Ley se dictó en base al mandato 43.2 de la CE y en

---

<sup>685</sup> Ley 12/1983, de 14 de julio, de administración institucional de la sanidad, y de la asistencia y los servicios sociales de Cataluña. BOE de 5 de septiembre de 1983. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-23786>. Se deroga en fecha 31 de enero de 2014.

<sup>686</sup> Ley 15/1990 de 9 de julio, de ordenación sanitaria. (BOE de 17 de agosto) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-20304>

<sup>687</sup> Ley 15/1983, de 14 de julio, de higiene y control alimentarios. BOE de 6 de septiembre de 1983. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-23846>

<sup>688</sup> Ley 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que puedan generar dependencia. BOE de 28 de agosto de 1985. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-18553>

<sup>689</sup> En consonancia con el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para el Control del Tabaco de Ginebra de 21 de mayo de 2003, y el Convenio de Viena sobre Sustancias

desarrollo de las competencias asignadas en el EAC “*higiene, sanidad, asistencia social, régimen local, juventud...*” Sin duda a día de hoy sigue constiuyendo un problema para la salud individual y colectiva, con costes económicos para la sanidad y en edades tempranas, todo ello puede desembocar en problemas en la vida adulta como podrían ser conductas violentas. Las dependencias a las drogas también un determinante básico de la salud, de esta forma mediante resolución 42/112 aprobada el 7 de diciembre de 1987, la Asamblea General de Naciones Unidas decidió conmemorar el “*Día Internacional contra el Tráfico ilícito y abuso de Drogas*” cada 26 de junio con el fin de alcanzar una sociedad libre del consumo de drogas.<sup>690</sup>

Ya en el 2003 se dicta la Ley 7/2003 de Protección a la Salud<sup>691</sup> que crea la Agencias de Protección de la Salud (en adelante APS),<sup>692</sup> y se centra en las actividades de protección de la salud (salud ambiental y alimentaria), cabe referenciar como complemento el Decreto Legislativo 2/2003 de 28 de abril<sup>693</sup> por el que se aprueba el texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de cataluña, dónde se definen las competencias municipales en materia de salud pública. La salud no es un bien jurídico inamovible, los cambios sociales, tecnológicos, laborales reclaman una mirada crítica y evaluación periódicamente.

En el art. 3 de la Ley 7/2003 se señala la definición de protección a la salud como “*el conjunto de actuaciones de las administraciones sanitarias destinadas a preservar la salud de la población ante los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el medio*”. Las entidades locales serían las encargadas de materias tan importantes como la educación sanitaria, la gestión del riesgo derivado de la contaminación del medio, aguas de consumo público, equipamientos públicos y lugares habitados, incluidas las piscinas, productos alimentarios, animales domésticos y peridomésticos y plagas y la policía

---

Psicotrópicas de 21 de febrero de 1971, que incluye el listado de sustancias consideradas ilícitas, así como sus precursores.

<sup>690</sup> El lema del 2021 fue: “hablemos de drogas , la información salva vidas” Disponible en: <https://www.un.org/es/observances/end-drug-abuse-da>

<sup>691</sup> Ley 7/2003, de 25 de abril, de Protección de la Salud. DOGC de 08 de Mayo de 2003 y BOE de 27 de mayo de Mayo de 2003. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10531&p=20160531&tn=6>

<sup>692</sup> Vigente hasta la creación de la agencia de salud pública de Catalunya.

<sup>693</sup> Decreto Legislativo 2/2003 de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de régimen local de Cataluña. DOGC de 20 de mayo de 2003 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOGC-f-2003-90008>

sanitaria mortuoria. Las competencias de los entes locales quedan determinadas en el art. 66.3 y 67 del Decreto Legislativo 2/2003.

Lo que lleva a que en 2009 se dictase una nueva Ley de Protección a la Salud Pública en la línea de los retos de la globalización de los riesgos para la salud.<sup>694</sup> Con la Ley 18/2009 se integraron los servicios de salud pública en el conjunto de protección de la salud, seguridad alimentaria, vigilancia de la salud pública, prevención de enfermedades y promociones de la salud. De esta forma se pretendía dar respuesta a las nuevas realidades, desigualdades sociales, salud laboral, y salud medioambiental. Tal y como la Ley 7/2003 había creado la APS, la Ley 18/2009 en aras a una mayor eficacia para incorporar y reordenar las nuevas competencias crea la Agencia de Salud Pública (en adelante ASP) de Cataluña.<sup>695</sup>

Se debe mencionar con elogio la Ley 19/2020 de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación<sup>696</sup>. El objetivo de la Ley establecer principios, medidas y procedimientos para que se garantice y haga efectivo el derecho a la igualdad de trato y a lo discriminación, el respeto a la dignidad humana y la protección ante cualquier forma acto o conducta de discriminación, entre ellos la enfermedad, estado serológico, discapacidad o diversidad funcional. Se dicta en cumplimiento del artículo 14 de la CE y genera derechos subjetivos en su ámbito territorial.

En efecto en lo que atañe a salud se establecen acciones destinadas a los grupos de población con necesidades sanitarias específicas. De ello se ocupa su artículo 11, dividido en ocho apartados. El primero de ellos insta al departamento competente en materia de salud y a los centros sanitarios, públicos y privados que no pueden aplicar ningún criterio ni medida que provoque situaciones discriminatorias y velar para garantizar la no discriminación en el acceso a centros, bienes, prestaciones, servicios sanitarios y mantener la equidad territorial.

---

<sup>694</sup> Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública. DOGC de 30 de octubre de 2009. *Disponible en:* <https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/1/2009/10/22/18>

<sup>695</sup> *El artículo 5 del D.ley 5/2013, 22 octubre, declara extinguida, con efectos del 31 de diciembre de 2013, la personalidad jurídica de la Agencia de Salud Pública de Cataluña hasta el 2014 que vuelve a recuperar personalidad jurídica como organismo autónomo administrativo.*

<sup>696</sup> Ley 19/2020, de 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación de 30 de diciembre de 2020 (BOE de 5 de febrero de 2021) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-1663&p=20211231&tn=6> Entró en vigor el 31 de enero de 2021 al mes de su publicación el DOGC.

El segundo párrafo prescribe que nadie puede ser excluido de un tratamiento sanitario ya sea por discapacidad, edad, enfermedades preexistentes o intercurrentes o porque sean personas sin hogar, salvando que razones médicas lo justifiquen. Se debe tener en cuenta en especial los menores, personas embarazadas, incluida la interrupción del embarazo. En el tercer párrafo hace un llamamiento a que se garanticen las acciones destinadas a grupos de población con necesidades sanitarias específicas como las personas con enfermedades crónicas ( un colectivo cada vez con mayor número de pacientes), y en general las personas en grupos en riesgo de exclusión social o vulnerabilidad.

Consecuentemente como señala el párrafo cuarto se deben establecer planes y programas de adecuación sanitaria y planes de formación y sensibilización para el personal sanitario sinó sería difícil la aplicación de la Ley. El párrafo quinto pone en el punto de mira a las administraciones locales para que en el momento del empadronamiento no haya discriminación para las personas migrantes en situación administrativa irregular o colectivos vulnerables.

El párrafo sexto prescribe que se garanticen las medidas para la no discriminación por razón de enfermedad como el impulso del estudio y los motivos de acceso al empleo, ampliar la protección a la familia de la persona afectada y evitar en el lenguaje las estigmatizaciones. Es en el apartado séptimo dónde se indica que se apliquen las medidas para asegurar no discriminaciones por razón de sexo o genero en atención sanitaria: prescripción de medicamentós, tratamientos, tiempos de esperay con la introducción de la perspectiva de género. Por último el párrafo octavo como no podia ser de otra forma hace hincapié en los requisitos de accesibilidad a los centros sanitarios y equipamientos médicos.

#### **2.4. El derecho a la salud y el ámbito subjetivo de la protección a la salud en el marco normativo de Cataluña.**

El RD Ley 16/2012 de 20 de abril<sup>697</sup> redefinió los requisitos para ser titular del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria pública. Lo que realiza esta norma es dejando al

---

<sup>697</sup> Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones BOE de 24 de abril de 2012. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/04/20/16/con>



margen el concepto amplio de ciudadana o ciudadano delimita el ámbito subjetivo entre “asegurado y beneficiario y asimilado al asegurado”. La persona que no entraba dentro de este ámbito subjetivo quedaba fuera de la asistencia sanitaria pública y gratuita. Se podría acceder a la asistencia pero previo pago de cuota o suscribiendo un convenio especial con el servicio de salud de dónde residiesen.<sup>698</sup>

El Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña interpuso recurso de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos del RD Ley 16/2012 de 20 de abril. Una de las razones de la impugnación fue que el RD Ley realizaba un cambio sustancial en la definición del ámbito subjetivo del art. 43 de la CE, afectando también al art. 14 del texto constitucional. No sería un derecho automático por la condición de ciudadano o ciudadana si no que se debe reconocer la condición de asegurado. Se insiste que la CE señala “Todos”, sin exclusiones. Además así había sido entendido en la Ley 14/1986 y en la Ley 16/2003 de 28 de mayo<sup>699</sup>. Señalaba el recurso la afectación también del art. 13 CE, al privar de asistencia sanitarias a los extranjeros sin autorización de residencia.

De esta forma la Generalitat alegó que ese concepto restrictivo del concepto de universalidad conculcaba el art. 162 del EAC, y por ende el art. 23. El TC en Sentencia 63/2017 de 25 de mayo de 2017<sup>700</sup> resuelve esta cuestión, y remite el resto de impugnaciones a lo ya resuelto en STC 139/2016. También por lo que se refiere a la alegación de vaciar de contenido competencial el art. 23 del EAC el TC realiza remisión a la STC 136/2012<sup>701</sup> dónde se señalaba que “*la decisión de quien deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles han de ser esas prestaciones pertenece al núcleo de lo básico, pues define los ámbito objetivo y subjetivo de la propia materia*”. Por lo que el TC declara que la competencia compartida que corresponde en la materia a la Generalitat de Cataluña en el art. 162.3 EAC habrá de ejercerse en lo que el legislador estatal ha definido como básico. Tal y como indica el

---

<sup>698</sup> BELTRÁN AGUIRRE, J.L. “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública.” *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, no 5, p. 123-124.

<sup>699</sup> Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10715>

<sup>700</sup> Sentencia 63/2017 de 25 de mayo de 2017. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-7639>

<sup>701</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 136/2012 de 19 de junio (BOE de 9 de junio de 2012) disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/22978>

TC pone de manifiesto el art. 37.4 del EAC dónde se señala que se debe respetar el régimen constitucional de distribución de competencias. Salvando lo que afectaba a la disposición final sexta del RDley 16/2012, el resto del recurso de inconstitucional se desestimó.

Por ello, se dicta en Cataluña la Ley 9/2017 de 27 de junio<sup>702</sup>. El fundamento de su promulgación es el art. 23.1 del EAC. En éste se indica el derecho de todas las personas a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios con cargo a fondos públicos. Es de destacar el antecedente de la Ley 21/2010 de 7 de julio para la cobertura pública universal<sup>703</sup>.

El objetivo de la Ley fue alcanzar la universalidad de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de Salud, la búsqueda de la igualdad entre todos los residentes en Cataluña. Se hace alusión en el preámbulo de la Ley a que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en mayo de 2012 ya instó a que la asistencia sanitaria abarcara a todas las personas residentes en un territorio. Se tendrá derecho a asistencia sanitaria a todos los niveles: preventiva, curativa, rehabilitadora y paliativa y en promoción de la salud. Los beneficios no son solo para la asistencia sanitaria individual sino colectiva. Esta Ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad <sup>704</sup> que finalmente en Auto de 16 de octubre fue desistido el Abogado del Estado en nombre del Presidente del Gobierno.

## **2.5. El derecho a la salud y la perspectiva de género en el marco normativo catalán**

El EAC es el primer estatuto de autonomía que reconoce expresamente los derechos de la mujer, supuso un gran avance para el principio de igualdad y para la salud física y psicológica de la mujer en línea con el art. 43 de la CE y los textos internacionales sobre

---

<sup>702</sup> Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-8524>

<sup>703</sup> Ley 21/2010 de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de Salud. BOE de 7 de agosto de 2010 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-12710&p=20170629&tn=2>. Norma derogada, con efectos de 29 de junio de 2017, por la disposición derogatoria de la Ley 9/2017 de 27 de junio .

<sup>704</sup> Recurso de inconstitucionalidad número 1680-2018, en relación con los artículos 1,2 (apartados 2 y 3), 3, 4, 5 contra disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta, y séptima y contra la disposición final primera, de la Ley de Cataluña 9/2017, de 27 de junio, de Universalización de la Asistencia Sanitaria con cargo a Fondos Públicos mediante el Servicio Catalán de Salud.

la materia. En el preámbulo del EAC ya se señala que uno de sus valores es “*la igualdad de derechos*” y “*la igualdad entre hombres y mujeres*”. Si los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos y deberes el enfoque de la preservación de la salud debería ser diferente,.

Así pues el art. 41.2 del EAC reconoce la integración de la igualdad en todos los ámbitos, políticas y decisiones adoptados en el marco de Cataluña.<sup>705</sup> Es de gran significado el art. 19.1 del EAC reconoce derechos especialmente para las mujeres : “*el libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal*” a “*vivir con dignidad, seguridad y autonomía*”, y libre de “*explotación, malos tratos, y todo tipo de discriminación*”.

El art. 41 incluye de nuevo la perspectiva de género y la igualdad. En su apartado primero se refiere al cumplimiento de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En el apartado segundo prescribe la transversalidad en la incorporación de la perspectiva de género y de las mujeres en todas las políticas públicas para conseguir la igualdad real y efectiva y paridad entre hombres y mujeres, por ende también en las políticas de salud, y de salud laboral. Importante el apartado 4 donde se pone la atención en la política de cuidados.

Si bien sería el art. 41.5 el que más íntimamente está ligado a la cuestión de salud: “*los poderes públicos deben velar para que la libre decisión de la mujer sea determinante en todos los casos que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental en particular en lo concerniente al propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual*”.

La transversalidad de género se configura como un principio fundamental que debería presidir todas las políticas públicas. En Cataluña además se cuenta con la Ley 5/2008 de 24 de abril del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.<sup>706</sup> Y la Ley 8/2006 de 5 de julio de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y

---

<sup>705</sup> NAVAS CASTILLO, A. “La igualdad de género en la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña”. AA. VV *La reforma estatutaria y constitucional*. Vera Santos, Editorial La Ley, Madrid, 2009. p. 325-362.

<sup>706</sup> Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. DOCG núm. 5123 de 2 de mayo de 2008, BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008 Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-9294>

laboral,<sup>707</sup> Insertar la igualdad de género en el Estatuto de Autonomía no es para nada baladí, sino que entrará dentro de las materias incluidas en el “bloque de la constitucionalidad”, y por ende como materias incluidas en el ámbito de interpretación del TC.<sup>708</sup>

Se debe poner de relieve la Ley 17/2015 de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres.<sup>709</sup> basada en la Carta europea para la igualdad de mujeres y Hombres, como derecho fundamental que se debe aplicar a todos los campos y dentro de las competencias del autogobierno de Cataluña. Es una regulación propia que complementa la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Hombres y Mujeres.<sup>710</sup> La Ley queda estructurada en 64 artículos, cinco capítulos. Las medidas establecidas en el capítulo V para garantizar la aplicación de la Ley contiene tres secciones: la relativa al Síndic de Greuges, al Observatorio de la Igualdad de Género y al régimen sancionador.

En el contenido de la Ley ya se puede observar que el artículo 1 b) reconoce el papel social y económico de los Trabajos familiar, domestico y de cuidados de personas, que sin lugar a dudas afecta y mucho a las mujeres por ser ellas las que lo asumen de forma tradicional, Esto implica la doble jornada laboral, el cansancio, el estrés y la posibilidad agravada de sufrir más ATEP tanto de de carácter físico como mental.

Haciendo un salto al artículo 2 se define el trabajo domestico y el cuidado de personas: *“el conjunto de actividades no remuneradas relacionadas con el trabajo domestico y la atención y el cuidado de los miembros de la familia, que es la base del trabajo de mercado por el hecho de possibilitar que las personas se mantengan en las mejores condiciones de salud y formación para poder ser productives en el mercado de trabajo*

---

<sup>707</sup> Ley 8/2006 de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Cataluña DOGC de 13 de julio de 2006 y BOE 8 de agosto de 2006 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-14405>

<sup>708</sup> NAVAS CASTILLO, A. “La igualdad de género en la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña”. Op. cit. p. 357.

<sup>709</sup> Cataluña. Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, DOGC de 23 de julio de 2015 BOE de 8 de septiembre de 2015 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-9676>

<sup>710</sup> LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo de 2007) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

*o para poder serlo en un futuro. El trabajo domestico y de cuidado de personas que tradicionalment se ha asignado a las mujeres comprende entre otras, las tareas de higiene y mantenimiento del hogar, economomía doméstica, cuidado entre otros, de hijos y personas dependientes, gestión de los asuntos médicos y escolares o formatives y en general todas las acciones que persiguen el bienestar del núcleo familiar”*

No se puede pasar por alto el art. 1 e) 7ª dónde se prescribe tener en cuenta la perspectiva de genero en todos los ámbitos incluidos por tanto la salud, la formación, la investigación no basada en el androcentrismo. El apartado f) de dicho articulo se hace eco de la prevención y la erradicación de la lacra de la violència machista que denigra a la mujer afectando a su desarrollo personal, profesional, integridad física y mental.

Es importante el articulo 21 cuando insta a la coeducación en el punto 3 g) en concreto: así la promoción de Trabajos de investigación relacionados con la educación y la perspectiva de genero, así se debería aplicar a todos los niveles. Las siguientes letras del articulo 3 se pueden derivar su importància a nivel de salud por promocionar contenidos relacionados con la sexualidad para la prevención de embarazos no deseados y enfermedaes de transmisión sexual y también con la violència machista.

En esta línea el articulo 28 expresa que para alcanzar la igualdad efectiva de Hombres y Mujeres en el ámbito universitario y de la investigación, las universades deberán potenciar el trabajo de las mujeres investigadores (forma parte de su desarrollo personal y de su salud mental), y la creación de módulos o cursos específicos en materia de perspectiva de género. Se debe también dar información y asesoramiento sobre acoso sexual o por razón de sexo y violència machista en general.

El articulo 43 lleva por titulo “*Inclusión de la perspectiva de género en los programes de seguridad y salud laboral*”. El primer párrafo compele a que se tengan en cuenta por los organismes correspondientes las necesidades específicas de las mujeres y sus características tanto anatómicas, fisiológicas, culturales y psicosociales. El hombre y la mujer biologicámente son diferentes lo que hacer la misma política sanitaria llevaria a que no se implantase la igualdad real y efectiva en salud.

El segundo párrafo hace un llamamiento en el ámbito laboral para que haya concienciación sobre las desigualdades de género en el ámbito laboral cara a la prevención de riesgos laborales. De esta forma el uso de metodologías de evaluación y de intervención sobre las condiciones de trabajo deben ser sensibles al género.

Importante el apartado tercero al prescribir que se deben registrar desglosados por sexo, edad y ocupación los procesos de IT, tanto si son de origen laboral como profesional. El motivo es que se puedan identificar para su prevención y curación las enfermedades que afectan a las trabajadoras en su mayor medida. El último párrafo el cuarto del artículo 23 pone de relieve lo que implica también la importancia de que los Departamentos competentes en materia de salud y seguridad y de salud laboral han de fomentar la recogida y el tratamiento de información en los centros de atención primaria y en las Mutuas Colaboradoras que estén desglosadas por sexos para identificar los riesgos específicos en las trabajadoras a causa de su actividad laboral.

## **IV. EL DERECHO A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL**

En este capítulo se analizará la protección a la salud en el contexto de la normativa de seguridad social, en especial la LGSS<sup>711</sup>. De esta forma se iniciará con la introducción que contextualiza protección de la asistencia sanitaria en el marco de la normativa de Seguridad Social. Para continuar con la protección a la salud cuando tengan su origen en las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se pone especial atención en las nuevas realidades laborales y sociales. Finalizará el capítulo con una merecida incidencia de la pandemia del COVID-19 en la Seguridad Social. Será en el Capítulo V dónde se pondrá atención a la protección de la asistencia sanitaria cuando no derive su causa no derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El motivo de separar la protección de asistencia sanitaria según su origen profesional o no, tiene su fundamento es que a pesar de ser en todo momento una rama protectora de la seguridad social actualmente su regulación jurídica es diferente. A modo de ejemplo cuando haya una lesión por accidente de trabajo o enfermedad profesional el personal facultativo que atenderá a la persona trabajadora pertenecerá al personal de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social, lo mismo con la financiación de la asistencia que correrá de su cargo. Esta separación jurídica que no deja de ser organizativa tiene su plasmación en los mismos términos en esta tesis doctoral.

### **1. LA PROTECCIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL**

El primer apartado de este capítulo pondrá de relieve la importancia que en el marco de la normativa de seguridad social ha tenido la protección de la asistencia sanitaria. En consecuencia, se hará un análisis en primer lugar de los antecedentes de la protección de la enfermedad, en otras palabras, las primeras normas de seguridad social que abarcaron el importante tema de la salud. Con posterioridad en segundo lugar se estudiará cómo está regulada la protección de la asistencia sanitaria en la normativa de la seguridad

---

<sup>711</sup> RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre (BOE de 31 de octubre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

social. Para finalizar se hará referencia al carácter contributivo inicialmente de la prestación de asistencia sanitaria y su consiguiente universalización.

### 1.1. Antecedentes

ALONSO OLEA definía la Seguridad Social en su primera edición de *Instituciones de seguridad social* en 1959, como “*el conjunto de medidas para la prevención y remedio de riesgos de concreción individual, económicamente evaluables, consistentes en defectos de renta con que atender las necesidades usuales y habituales. Derecho de la Seguridad social es el conjunto de normas jurídicas que tienen como objeto normativo tales medidas.*”<sup>712</sup>

La protección de la enfermedad se remonta a los seguros sociales. Se empezaron estableciendo para las y los trabajadores por cuenta ajena de la industria, los cuales tenían salarios bajos. Poco a poco ya se extiende la cobertura a las y los trabajadores con salarios más altos, a los trabajadores agrarios y de servicios, hasta que finalmente se incluyeron dentro del ámbito subjetivo de aplicación los trabajadores autónomos. En este sentido apunta OLEA que toda esta evolución se dirige a la protección de todos los ciudadanos. y ciudadanas, incluso yendo un paso más allá a los residentes “*la universalidad personal de la cobertura.*”<sup>713</sup>

La protección de la salud en el sistema de seguridad social en relación a la enfermedad común y accidente no laboral en la doble vertiente protección asistencia sanitaria y prestaciones económicas se remonta a la Ley de 14 de febrero de 1942 (que regulaba el seguro de enfermedad (SOE))<sup>714</sup> Su reglamentación correspondiente data de 11 de diciembre de 1943 que disponía la instalación paulatina de las prestaciones.<sup>715</sup> El riesgo cubierto era la enfermedad de los asegurados y de sus beneficiarios y la entidad aseguradora el Instituto Nacional de Previsión (en adelante INP).

---

<sup>712</sup> ALONSO OLEA, M. *Instituciones de Seguridad Social* Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1959.

<sup>713</sup> ALONSO OLEA M, TORTUERO PLAZA, JL *instituciones de seguridad social* Editorial Civitats Madrid 1995, pág. 29 Se expresa en los mismos términos el art. 9 del PIDESCC.

<sup>714</sup> Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad. (BOE de 27 de diciembre).

<sup>715</sup> ALONSO OLEA, M. Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Editorial Aranzadi, Navarra, 1999 Pág. 46.



La Ley 14 de febrero de 1942 se basó en los regímenes voluntarios establecidos por sociedades médicas y compañías de seguros o la asistencia sanitaria que ofrecían empresas a sus trabajadores, así también señalar el régimen de *iguales*. El régimen de *las iguales* consistía en pagar al médico una cantidad alzada periódica para obtener los servicios de éste.<sup>716</sup> Otro hito de gran embergadura fue la Ley de Seguridad Social de 1966 (en adelante LSS)<sup>717</sup>, dónde se separa las prestaciones económicas de las sanitarias del antiguo seguro de enfermedad, refundiendo las económicas dentro de las de Incapacidad laboral Transitoria (en adelante ILT) y /o invalidez.<sup>718</sup>

En la CE la Seguridad Social está regulada en el artículo 41 como se ha visto en el capítulo II. No obstante se constata la dispersión en el texto constitucional de lo que sería el sistema de seguridad social, de este modo tenemos no sólo el art. 41, también el art. 43, 39, 49, 50, 148.20, 149.1.17. Lo que debe ser tutelado según el TC son los rasgos estructurales de la Institución de la Seguridad Social<sup>719</sup>. A pesar de ello existe un amplísimo margen de discrecionalidad del legislador para alterar la cobertura del sistema de Seguridad Social<sup>720</sup>, exactamente igual que una de sus ramas de acción protectora la protección de la salud del art. 43.

## 1.2. Regulación de la asistencia sanitaria en la normativa de la seguridad social

Siguiendo a MONEREO<sup>721</sup> el art. 1 de la LGSS en base a lo señalado en el art. 41 de la CE reconoce el derecho de la seguridad social como un derecho de ciudadanía (Derecho de los españoles a la seguridad social). También sería un derecho de organización donde se conjugan diversas técnicas instrumentales interdependientes: previsión, asistencia

---

<sup>716</sup> La iguala sería lo que en el siglo pasado se llamaba “contrato innominado” (M. Ortiz de Zuñiga, Jurisprudencia Civil de España t. I. Madrid, 1869, en la pág. 690 se cita una STS de 9 de junio de 1865 que declaraba válido el contrato, aunque no constase el precio remuneratorio de los servicios, a determinar según costumbre de la localidad.)

<sup>717</sup> Decreto 901/1966 de 21 de abril, que aprueba el Texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 21 de diciembre, de bases de la Seguridad Social (BOE de 22 de abril).

<sup>718</sup> ALONSO OLEA, B. “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias ¿sanidad o sanidad y Seguridad Social?” Editorial Aranzadi Thomson Reuters *Nueva Revista de derecho del trabajo* número 161.

<sup>719</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 37/1994 de 10 de febrero (BOE de 17 de marzo) Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2554>

<sup>720</sup> “El derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de seguridad social es un derecho de estricta configuración legal disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel” MONEREO PÉREZ, JL. “El derecho a la seguridad social” op. cit 1433.

<sup>721</sup> MONEREO PÉREZ, JL. “El derecho a la seguridad social” op. cit 1425

social y servicios sociales, en consecuencia el TC ha afirmado el carácter público de la Seguridad Social, según MONERERO se podría clasificar dentro del Estado Social.

La acción protectora de la asistencia sanitaria se regula en el art. 42 de la LGSS y señala a la protección de asistencia sanitaria como una de sus acciones protectoras “*asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo*” y además la “*recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en la letra anterior.*”

Las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social (en adelante MCSS) por su parte asumen la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta ajena de los empresarios asociados a ellas y los trabajadores por cuenta propia adheridos a las mismas. Esas prestaciones, asistencias y servicios forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social. (art. 68.3 LGSS 94). También las empresas de forma voluntaria pueden colaborar en la gestión (art. 67 y 77 LGSS 94) y Orden de 25 de noviembre de 1966.

Por lo que se refiere a las prótesis sanitarias los Tribunales destacan que se reconocen como “prestaciones específicas de las contingencias profesionales, así se afirma en STS de 2 de octubre de 1995<sup>722</sup> o siguiendo su doctrina en STSJ de Castilla y León de 28 de febrero de 2000<sup>723</sup>. La protección integral del daño no sólo se compensaría con prestaciones de asistencia sanitaria sino con indemnizaciones, de las que no se descuentan las prestaciones recibidas por las personas trabajadoras.<sup>724</sup>

---

<sup>722</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 2 de octubre de 1995. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e689df22bfd96019/20030703>

<sup>723</sup> Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sentencia de 28 de febrero de 2000. Rec. 2398/1999 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c957de552e6dfd4a/20050113>

<sup>724</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 12 de marzo de 2020 Rec. 1458/2017. “Prescribe que la tabla IV del Baremo de accidentes de tráfico, que incluye los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, al fijar las indemnizaciones por incapacidad permanente solo repara el daño moral, por lo que no se compensaría con las cantidades percibidas en concepto de prestación de la seguridad social, ni con mejoras voluntarias, incluyendo lo cobrado con la póliza de seguro de vida y accidente, ni con recargos por prestaciones” fdt. Jurídico 9. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2ee3e780d1f46be8/20200601>

La prestación de la asistencia sanitaria de la seguridad social se regula siguiendo a ALONSO-OLEA<sup>725</sup> en el RD 2065/1974<sup>726</sup>. La LGSS94 mantuvo la vigencia y así continúa, en Capítulo IV del Título II de dicho RD<sup>727</sup>. Haciendo un estudio de su articulado, se prescribe en el artículo 98 el objeto de la asistencia sanitaria “*La asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo*” “*Proporcionará también los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores.*”

Es el artículo 99 el que regula el hecho causante dónde se especifica que las contingencias cubiertas por la prestación de asistencia sanitaria es la enfermedad común o profesional, lesiones derivadas de accidente y el embarazo, parto y puerperio. Las y los beneficiarios de las prestaciones señala que son los asegurados y beneficiarios y sus familiares. En palabras del Consejo de Estado<sup>728</sup> en el momento que se dictó el RD Ley 16/2012 se basó en un esquema (doble condición de beneficiario y de asegurado) en términos similares a la LGS del 74, propio de un sistema de asistencia sanitaria contributivo con cargo a cotizaciones sociales, Cabe señalar que en el año 2012 el modo de financiación de la asistencia sanitaria era ya vía impuestos. La LGSS y LGSS74 otorgan el reconocimiento y control de la condición de titular y de beneficiario al INSS o al ISM de forma transitòria hasta que se realice por las CCAA.

---

<sup>725</sup> ALONSO-OLEA, M. *Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social* Editorial Civitats, Madrid, 1994 pág. 39

<sup>726</sup> Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1974-1165>

<sup>727</sup> La disposición derogatoria del RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio (BOE del 29) por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social no lo derogó. La Ley 26/1990 exceptuó en el punto tres de la disposición final primera las materias relativas a asistencia sanitaria de la habilitación de refundición encomendada al Gobierno.

<sup>728</sup> Dictamen sobre el Proyecto del Real Decreto por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (referencia 826/2012) de 26 de julio de 2012 disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-826>

### 1.3. La naturaleza contributiva de la protección de asistencia sanitaria y su universalización.

Se debe mencionar la naturaleza contributiva o no de la asistencia sanitaria tanto en el caso de derivar de contingencias profesionales o comunes. En el primer caso la asistencia sanitaria que derive de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales gozan de naturaleza contributiva. Si bien, la asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes tiene naturaleza no contributiva. (art. 109.3 de la LGSS).

Lo que lleva a relacionarlo con el art. 7.2 de la LGSS en dónde se señala que “*a efectos de las prestaciones no contributivas, todos los españoles residentes en territorio español*” estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social. Por lo que se refiere a los extranjeros estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social, a efectos de las prestaciones no contributivas los eue residan legalmente en territorio español (según se prevé en la LO 4/2000<sup>729</sup>).

Una vez dictada la CE se univesaliza la asistencia sanitaria, no obstante es a partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1999<sup>730</sup>, que se produce la desvinculación total de la seguridad social en el plano financiero, en otras palabras se suprime la referencia a la aportación procedente de las cotizaciones sociales.

A tal fin el acceso al Sistema Nacional de Salud (en adelante SNS), con cargo a fondos públicos, debería extenderse a todas y todos los ciudadanos que con sus impuestos contribuyan a su sostenimiento.

Así pues OLEA<sup>731</sup> hace referencia en el prólogo de su libro “*Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social*”<sup>732</sup>, que en su trascendente obra “*Instituciones de*

---

<sup>729</sup> Ley orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

<sup>730</sup> Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-30154&p=20191228&tn=6>

<sup>731</sup> Para Germán Barreiro González, el profesor Alonso Olea fue “el padre del Derecho Español del Trabajo y de la Seguridad Social. A él se debe la construcción dogmática, la estructura y el propio sistema de la disciplina, Alfredo Montoya Melgar opinó que fue “*el máximo cultivador que ha tenido el Derecho Español del Trabajo y uno de los más significativos juristas de nuestro tiempo.* Montoya Melgar, A. «Manuel Alonso Olea, jurista». *El País, Madrid, 25-2-2003* Martínez Girón, J. «Don Manuel Alonso Olea, in memoriam»

*seguridad social*” siempre había habido un capítulo especial dedicado a la asistencia sanitaria, desde la primera edición en 1958<sup>733</sup> hasta la de 1995 (la edición 14), titulado en la primera edición *Seguro de enfermedad* y en adelante *Prestaciones sanitarias de la seguridad social*.<sup>734</sup> La razón de que se trate el tema de la asistencia sanitaria en un libro aparte se debe, según señala a la progresiva independencia de la prestación de asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social. Línea que no se comparte en esta tesis que se mantiene la protección de la asistencia sanitaria como rama protectora de la seguridad social.

OLEA manifiesta, que ha habido una tendencia a desgajar la asistencia sanitaria de la seguridad social. Una tendencia ya iniciada en la CE que separa en dos artículos diferentes la seguridad social (art. 41) y la protección de la salud (art. 43). A tal fin también la LGS<sup>735</sup> que en su art. 1.1 prescribe como objetivo de la Ley: “*La regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud*” donde se puede interpretar que comprende la protección de la salud que con anterioridad estaba integrada en el sistema de la seguridad social.

La universalización de la asistencia sanitaria se entreve con la promulgación de la LGSS94 y el RD 1088/89<sup>736</sup> que extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la seguridad social a las personas sin recursos económicos suficientes. En todo caso en su exposición de motivos se exponía: “*no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones, sino que programa su aplicación paulatina*”.

---

<sup>732</sup> ALONSO OLEA, M. *Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social* Estudios de derecho laboral op cit, pág. 13.

<sup>733</sup> Capítulo VIII El seguro de enfermedad. No obstante, el régimen jurídico en España en aquel momento era el de los seguros sociales.

<sup>734</sup> ALONSO OLEA, M. *Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social* op cit, pág. 13.

<sup>735</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>

<sup>736</sup> Real Decreto 1088/89, de 8 de septiembre (BOE de 9 de septiembre) Se deroga el 5 de agosto de 2012 por el RD 1192/2012 de 3 de agosto. (BOE 4 de agosto de 2012) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-10477>

En efecto la ley 26/1990 de 20 de diciembre, en la disposición final primera alude a hacer una refundición de la normativa de seguridad social, exceptuando en el punto 3 la asistencia sanitaria.<sup>737</sup> La LGS reconoce la importancia que la seguridad social tiene en el momento de su promulgación en materia de asistencia sanitaria. Se vislumbra en el articulado de la LGS la sustitución de la presencia de la Seguridad Social en materia sanitaria por el SNS.<sup>738</sup>

Importante también es mencionar que tras la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1999, el Estado asume la totalidad de la prestación de asistencia sanitaria, se suprime la referencia a las cotizaciones sociales. En palabras del Consejo de Estado: *“a un entendimiento diferente del principio de universalidad, conforme al cual el acceso al SNS, con cargo a fondos públicos, no debía quedar limitado a quienes estaban afiliados a la Seguridad Social, o no estándolo, carecían de recursos económicos suficientes, sino extenderse a todos los ciudadanos que, con sus impuestos, contribuían a su sostenimiento.”*

Se advierte además que en la LGSS94<sup>739</sup> no regulaba en su articulado la asistencia sanitaria, a diferencia de sus precedentes Texto articulado de 1966 y Texto Refundido de 1974<sup>740</sup>, a pesar de que en el art. 38.1.a) acción protectora de la seguridad comprendía la asistencia sanitaria en caso de maternidad, enfermedad común o profesional y accidente sea o no de trabajo, además de que el art. 57 derivaba la administración de los servicios sanitarios al Instituto Nacional de Salud.

Lo cierto es que la asistencia sanitaria universal no ve la luz hasta la Ley 33/2011 (en adelante LGSP)<sup>741</sup> en su disposición adicional sexta *“extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento*

---

<sup>737</sup> ALONSO OLEA, M, *Las prestaciones sanitarias de la seguridad social* Editorial Civitas, Madrid, 1994 pág. 14.

<sup>738</sup> MONTOYA MELGAR A. “Asistencia sanitaria de la seguridad social SNS (apunte para un estudio). *Aranzadi Social*, núm. 75, 2004. Pág. 692-693 sí el tinc

<sup>739</sup> RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio (BOE del 29) No vigente.

<sup>740</sup> Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE de 20 de julio) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1974-1165>

<sup>741</sup> Ley 33/2011 de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE de 5 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>

*jurídico*” esta extensión tendrá como mínimo el alcance previsto en la cartera de servicios comunes del SNS”

Se distinguen tres etapas en la asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad social. La primera abarcaría desde los orígenes de la Seguridad social hasta la LGS, dónde hay una plena integración de la asistencia sanitaria como prestación de Seguridad social. La segunda etapa se extendería desde la puesta en marcha y consolidación del SNS hasta el traspaso de competencias sanitarias a las CCAA dónde se desarrolla un nuevo sistema de financiación autonómica y dónde se refuerza la separación entre Seguridad Social, SNS a través de la aprobación de la Ley 16/2003<sup>742</sup>. Además la Ley 33/2011 de 4 de octubre<sup>743</sup> extiende el derecho a la asistencia sanitaria pública.

La tercera etapa se manifestaría con el RD Ley 16/2012<sup>744</sup>. Se podría añadir una cuarta etapa con con el RD ley 7/2018.<sup>745</sup> Parece que se haya desvinculado la protección de la salud con cargo a fondos públicos, con independencia de la causa determinante de la alteración de la salud, y el sistema de la seguridad social. Desaparece de la delimitación de los sujetos protegidos la referencia al trabajo.

Desde la aprobación del RD-Ley 7/2018 se vislumbra una aparente desvinculación de la protección a la salud con cargo a fondos públicos y el sistema de la Seguridad Social. Así pues en la delimitación de los sujetos protegidos sólo se hace referente a las y los residentes “ *o a los que sin residir habitualmente en el territorio español tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico*”, no a los colectivos de sujetos que sí se refería el art. 3.2 de la Ley 16/2003 y art. 2 del RD 1192/2012.<sup>746</sup> A raíz del RD ley 7/2018 el derecho a la asistencia

---

<sup>742</sup> Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud De cohesión y calidad del SNS disponible en

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10715>

<sup>743</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>

<sup>744</sup> Rd Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-5403>

<sup>745</sup> Rd Ley 7/2018 de 27 de julio, sobre el acceso universal al SNS Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-10752&p=20180730&tn=6>

<sup>746</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE L. “La reparación íntegra del daño en contingencias profesionales: protección de la salud e indemnizaciones por daños” Editorial Vlex *Revista de derecho laboral Vlex* julio 2021 op. Cit pág. 59.

sanitaria pública es un derecho específico separado de la seguridad social, por el motivo que el acceso al SNS se configura en base a un derecho universal.<sup>747</sup>

Ciertamente, como señala ALONSO-OLEA GARCÍA<sup>748</sup> como consecuencia de la evolución histórica y de la promulgación de la constitución, las prestaciones sanitarias son Seguridad Social y Sanidad, se podría llegar a afirmar que gozan de una naturaleza jurídica híbrida (profesional y universal) o que dentro del Sistema de la Seguridad Social existe la prestación de asistencia sanitaria (art. 41 y 149.1.16) y tras la promulgación de la CE otra instaurada en el SNS (art. 43 y 149.1.16)<sup>749</sup>

En cualquier caso el TC en Sentencias como la 98/2004<sup>750</sup> incardinó la protección de la salud en el ámbito material correspondiente a sanidad del art. 149.1.16 de la CE, sin perjuicio de no negar la vinculación entre protección de la salud y sistema público de seguridad social. La resolución versaba sobre los precios de referencia de las prestaciones farmacéuticas.

A este respecto da pie a considerar que coexisten dos esferas diferenciadas de protección a la salud. Una de ellas sería la protección por alteraciones de la salud que no tengan su origen en el trabajo y otra esfera encardinada en las lesiones causadas por ATEP: Sería a esta última dónde se referiría la LGSS en su artículo 80.2 a) que las Mutuas “*tienen por objeto el desarrollo (...) de las siguientes actividades de la Seguridad Social: a) la gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las ATEP de la Seguridad Social (...).*”

---

<sup>747</sup> PANIZO ROBLES, J.A., “El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social (Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)”. Disponible en <https://www.laboral-social.com/asistencia-sanitaria-universal-resumen-contenido-rdl-7-2018-panizo-robles.html>

<sup>748</sup> ALONSO-OLEA GARCIA, B. “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias: ¿sanidad o sanidad y seguridad social? Reflexiones tras la publicación del RD Ley 16/2012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.” Editorial: Aranzadi Thomson Reuters Revista *Española de Derecho del Trabajo* 161 de 2014.

<sup>749</sup> Así pues el SNS está configurado por el conjunto de los servicios de salud de las AGE y de los servicios de salud de las CCAA (art. 44 LGS) y está integrado en él “todas las funciones y prestaciones sanitarias que... sean responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud (art. 45 LGS).

<sup>750</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 98/2004 de 25 de mayo (BOE núm. 140, de 10 de junio) disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/5103>



Las MATEP deben actuar en coordinación con el SNS, ya que son prestaciones integradas en dicho sistema. Pero lo cierto es que son instalaciones sanitarias financiadas por el sistema de Seguridad Social con cargo a las cuotas abonadas por contingencias profesionales y con una cartera de servicios que va más allá del SNS. La asistencia sanitaria que cubre la seguridad social es la dispensada por las MATEP en los supuestos derivados de contingencias profesionales.<sup>751</sup>

No deja de ser una anomalía que la normativa sobre asistencia sanitaria contenida en el Decreto 2065/74 siga vigente. Se une que una la LGSS señala como una de sus ramas protectoras la asistencia sanitaria y su regulación en textos como la Ley 33/2011. Es un sistema confuso que merecería una reordenación y clarificación en el marco del estado autonómico con las distribuciones constitucionales de distribución de competencias. Atendiendo además a sentencias del tribunal constitucional como la STC 84/2015 “ *El artículo 41 no exige que el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social requiera necesariamente y en todo caso un sistema de gestión pública directa* ”<sup>752</sup> que parece entrever que sería posible la privatización de la seguridad social “. La asistencia sanitaria se debe tener presente que es un derecho inherente a la dignidad de la persona.

## **2. EL DERECHO A LA SALUD Y LOS ACCIDENTES DE TRABAJO**

La protección de las contingencias profesionales es un pilar básico dentro de la acción protectora de la seguridad social, no se debe olvidar que el sistema de seguridad social nació precisamente por la voluntad de la protección de los trabajadores frente a los accidentes de trabajo. Siguiendo a OLEA, ya en su primera edición de *Instituciones de Seguridad Social* de 1959 señaló que *si la plaga económica de la era preindustrial habían sido las sequías, en la era industrial lo serían el paro forzoso y el accidente de trabajo.*<sup>753</sup>

---

<sup>751</sup> SUÁREZ CORUJO, B. “Asistencia sanitaria y seguridad social: Los amores difíciles”. op cit Seguridad Social y asistencia sanitaria amores difíciles. Pág. 945- 946.

<sup>752</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 84/2015 de 30 de abril. (BOE de 8 de junio) disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24432> fdt. Jurídico 7.

<sup>753</sup> ALONSO OLEA, M. *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos Madrid 1959 pág. 9.

Este apartado se divide en cuatro subapartados, esto es, la regulación de los accidentes de trabajo como prestaciones del sistema de seguridad social, el teletrabajo y el accidente de trabajo, los riesgos psicosociales finalizando con una mirada a la perspectiva de género. Esta separación pretende dar visibilidad a la necesidad de un concepto amplio de “accidente de trabajo”.

## **2.1. Su regulación como prestación del sistema de seguridad social**

Ley clave inicio de la seguridad social en España fue La ley de accidentes de trabajo de 1900, en la misma se configuraba el riesgo de accidente de trabajo como responsabilidad empresarial objetiva “*toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute por cuenta ajena*”.<sup>754</sup> Los AT fueron uno de los motores más importantes para acelerar la intervención estatal en materia social.

Lo más destacable fue trasladar las consecuencias del AT al empresario. Aunque la Ley ofrecía al empresario la posibilidad de asegurar con carácter facultativo su responsabilidad mediante un seguro privado.<sup>755</sup>, hasta la Ley de 8 de octubre de 1932 no nace la obligatoriedad del seguro de accidentes (se mantiene riesgo objetivo y responsabilidad empresarial). Se podía contratar con una entidad pública (Caja Nacional del Seguro de Accidentes de trabajo), con una Mutua o con una compañía de seguro. A partir de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 se prohíbe la actuación de las compañías privadas de seguros.

El art. 156 de la LGSS<sup>756</sup> siguiendo la misma línea que sus antecesoras define el accidente de trabajo como “*toda lesión que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*” Se configura el accidente de trabajo a través de tres elementos: lesión, trabajo y relación entre trabajo y lesión. El TS en 1903 ya señaló que la norma definía el accidente no “*Como un suceso repentino más*

---

<sup>754</sup> Ley de accidentes de trabajo de 1900, conocida como “Ley Dato” Gaceta de Madrid del 31 de enero. Arts. 1 y 2.

<sup>755</sup> BRETIN HERRERO, C. *100 años de seguridad social en España (1900-2000)* Editorial Dykinson S.L Madrid 2009 pág. 21.

<sup>756</sup> Real decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. (BOE 161 de 31 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

*o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo de la lesión*". Así pues la sentencia resolvía que accidente podía ser tanto la lesión sufrida de forma repentina como la que se produjese de forma insidiosa o lenta. Señalan OLEA y TORTUERO PLAZA que cuando se habla de "corporal" no se excluyen las lesiones psicosomáticas.

757

El artículo 156 en su apartado segundo relaciona ocho supuestos que tendrán la consideración de accidente de trabajo.<sup>758</sup> Es posible que esta relación se deba a la concurrencia de ciertos condicionantes que pueden llevar a dudar de si los hechos acaecidos pueden tener origen profesional.<sup>759</sup> La LGSS contempla delimitaciones negativas del accidente de trabajo estableciendo que no tendrán dicha consideración: los que sean a "*fuerza mayor extraña al trabajo*". La exclusión sería la excepción dado que se entiende por ésta: "*la que sea de tal naturaleza que que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente*" y se precisa que en "*ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza*" Merece especial atención por su casuística y por el encaje en las nuevas formas de trabajo el accidente in itinere que se ve seguidamente.

---

<sup>757</sup> ALONSO OLEA, M. TORTUERO PLAZA, JL. *Instituciones de Seguridad Social* Editorial Civitats. Madrid, 2002 pág. 60.

<sup>758</sup> "a) *Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.*b) *Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.*c) *Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.*d) *Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.*e) *Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.*f) *Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.*g) *Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.*

<sup>759</sup> CERVILLA GARZÓN, MJ, JOVER RAMÍREZ, C. "Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales" *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Volumen 3, núm. 4 de 2015 pág. 10.

### **2.1.1. El accidente in itinere**

En la LGSS queda configurado en el art. 156.2 que lo considera como el ocurrido “*al ir o volver del lugar de trabajo*”. El accidente in itinere es de origen jurisprudencial, se cita por el TS por primera vez en el año 1954.<sup>760</sup> Se exigen para considerarse “in itinere” el elemento teleológico y finalista, el geográfico, el cronológico y el mecánico. Es decir se para atención en si se recorría la distancia que separa el lugar de trabajo del domicilio del trabajador, en el trayecto habitual, el tiempo inmediatamente anterior o posterior al inicio o finalización de la jornada y utilizando el medio de transporte apropiado.<sup>761</sup>

Los accidentes in itinere son sufridos en mayor proporción por mujeres que por hombres, así lo señala el INE, en datos del año 2021 hubo 40.463 accidentes sufridos por mujeres frente a los 34.250 sufridos por hombres. El art. 4 de la LOIHM obliga a interpretar la norma en perspectiva de género, por lo que a la hora de calificar como accidente de trabajo se debería tener en cuenta, para poder así garantizar una igualdad efectiva.

Es de suma relevancia la STS de 26 de diciembre de 2013, dónde el TS cambia el concepto restringido, como el de la STS de 29 de septiembre de 1997<sup>762</sup>, de accidente in itinere por otro más amplio y flexible.<sup>763</sup> Aquella señala que la finalidad del viaje realizado por la persona era el trabajo. Se desplazaba desde su domicilio un domingo por la noche para el lugar de residencia en su semana laboral. El destino no es el lugar de trabajo, pero sí la residencia laboral, dónde el lunes se dirigiría al su trabajo lo que favorece la seguridad y el rendimiento laboral. Lo destacable de la sentencia es que amplía la configuración del tiempo de desplazamiento dónde se puede producir el

---

<sup>760</sup> Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L., Instituciones de Seguridad Social, Madrid, Civitats, 2002, pág. 175, cita la STS de 1 de julio de 1954 dónde se utiliza por primera vez la palabra “*in itinere*”. También en J. Muñoz Campos: El papel de la jurisprudencia en la elaboración del Derecho del Trabajo, en “Rev. Española de Derecho del Trabajo, núm. 19, 1984, páginas 357.

<sup>761</sup> CERVILLA GARZÓN, MJ, JOVER RAMÍREZ, C. “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales” op cit pág. 10.

<sup>762</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 29 de septiembre de 1997. Núm. Recurso: 2685/1996 disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3f3ae2557ebca92f/20040515> “*teniendo en cuenta la evolución que se produce en las formas de transporte y en las costumbres sociales, la noción de domicilio se amplía para incluir lugares de residencia, o incluso de estancia o comida distintos de la residencia principal del trabajador*”.

<sup>763</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 26 de diciembre de 2013. Recurso de casación 2315/2012 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/519ad8ab796c1db0/20140204>

accidente. Con anterioridad a esta sentencia se atendía a un criterio más ajustado al horario de entrada o salida del trabajo. La idea sería que el accidente es de trabajo cuando ocurre por el hecho de ir a trabajar.<sup>764</sup>

En esta misma línea y reciente sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Bilbao de enero 2023, consideraba accidente laboral el que ocurrió en el trayecto en coche de una residencia a otra.<sup>765</sup> Se adapta el concepto de accidente in itinere a lo que supone las nuevas realidades laborales y a la conciliación vida personal y familiar. En el supuesto de hecho la persona trabajadora sufrió el accidente entre la CCAA de Madrid y Bizkaia, dónde reside por motivos laborales entre semana. La MCSS no reconoció el accidente como origen profesional. La finalidad del viaje era laboral, implicaba incorporarse al día siguiente a su puesto de trabajo.<sup>766</sup>

El demandante sufrió un accidente de tráfico a las 16:30 horas en fecha 28 de noviembre. El horario de trabajo de la empresa es de lunes a viernes de las 8 a las 14 horas, y de las 16 a las 19 horas. En fecha 20 de diciembre de 2021, se formuló solicitud de determinación de contingencia de baja médica iniciada el el 29 de noviembre de 2021. Por resolución del INSS de 26 de mayo de 2022 se declaró que la contingencia determinante del proceso de IT iniciado por el demandante en fecha 29 de noviembre de 2021, tiene su origen en un accidente laboral. La Mutua Colaboradora Asepeyo núm. 151 formuló demandaa al Juzgado de lo Social por no considerar que fuera accidente laboral.

El demandado por razon de su trabajo residía en Bilbao y se traslada los fines de semana a su domicilio familiar en Madrid. El accidente ocurrió entre el desplazamiento entre su domicilio familiar de Madrid y el domicilio de Bilbao el Domingo 28 de noviembre.

---

<sup>764</sup> CERVILLA GARZÓN, MJ, JOVER RAMÍREZ, C. “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales” op cit pág. 10.

<sup>765</sup> Juzgado de lo Social, sección11 de 25 de noviembre de 2022 Resolución 433/2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a038c8eee37f636aa0a8778d75e36f0d/20230119>

<sup>766</sup> Abogacía Española. Consejo General. “Consideran accidente laboral el ocurrido en el trayecto en coche de una residencia a otra” de 18 de enero de 2023 disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/consideran-accidente-laboral-el-ocurrido-en-el-trayecto-en-coche-de-una-residencia-a-otra/>

El objetivo era incorporarse a la mañana siguiente a su puesto de trabajo ya que la meteorología del día 29 de noviembre era negativa en forma de precipitaciones y nevadas.

En su fundamentación jurídica la reciente sentencia se ampara en su argumentación en la STS ya comentada de 26 de diciembre de 2013. El concepto de accidente in itinere se construye a partir del trabajador/a y de dos términos: el lugar de trabajo y el domicilio de la persona trabajadora y su conexión a través del trayecto. Se ha de tratar del domicilio real y atender a las costumbres sociales que amplía la noción de domicilio. Hay que diferenciar como bien expresa el fundamento jurídico quinto de la sentencia la diferencia entre residencia y domicilio, éste se encontraba en Madrid, aparece el animus manendi elemento intencional. En base al artículo 3 del Código Civil la interpretación de las normas debe adaptarse a la realidad social, y a las nuevas formas de organización del trabajo.

Se están imponiendo exigencias de movilidad territorial que imponen ajustes en el elemento lugar de trabajo que no pueden implicar siempre un cambio de domicilio. En el caso enjuiciado concurren los elementos teleológico, el elemento cronológico y el elemento de desplazamiento al lugar de trabajo. Se desplazó la noche anterior para descansar y poder tener un mayor rendimiento en el trabajo, opción adecuada y lógica. En consecuencia se desestima la demanda interpuesta por Asepeyo, Mutua Colaboradora.

### ***2.1.2. Presunción de accidente de trabajo. Especial referencia a las enfermedades cardíacas***

Es el apartado tercero el que realiza la presunción de accidente de trabajo “*las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo*”. Siguiendo la LIMH, en su artículo cuarto prevé que todas las políticas deben basarse en la perspectiva de género. En la redacción de este artículo sería necesaria una mirada a la perspectiva de género. La presunción una vez acreditados los parámetros local y locativa ya facilita la acreditación del nexo causal con el trabajo. Se podría destruir mediante prueba en contrario que pusiese de manifiesto de forma suficiente, satisfactoria y convincente la existencia de una causa del suceso excluyente de su relación con el trabajo. Los parámetros a los cuales se aplica se refieren al tiempo de trabajo efectivo (incluyendo

hores extraordinarias), el lugar en qué se estaría por razón de la actividad, aunque no fuese el trabajo habitual.

La presunción también se daría no solo en los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita o violenta de agente externo sino que se incluiría las enfermedades o cualquier alteración del proceso vital que pueda surgir en el trabajo causado por agentes patológicos externos. En relación con los trabajadores en misión abarcaría todo el tiempo en que el trabajador en que en base a las decisiones de la empresa queda sometido a ésta.<sup>767</sup>

Se podría haber añadido algún apartado que tuviera en cuenta los accidentes de trabajo que con más frecuencia sufren las mujeres. Es en todo caso socialmente conocido las dobles jornadas que asumen las mujeres y el estrés que ello supone. Sin perjuicio de que es más probable que las mujeres sufran acoso sexual y violencia en el trabajo que los hombres.

Por lo que se refiere a las enfermedades cardíacas consideradas como accidente de trabajo cuando ocurren en el lugar y tiempo de trabajo sí se han alzado voces indicando que es puro azar su acaecimiento y que no se considerarían accidente de trabajo. Lo que sí es una realidad es que este tipo de sucesos tienen una vinculación importante con situaciones de estrés, esfuerzo, tensión, responsabilidad. La presunción de laboralidad se refiere no sólo por la acción súbita y violenta de un agente exterior sino a las *“alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.”*

Se hace difícil en las enfermedades cardíacas desvirtuar la presunción de laboralidad *“ya que no son extrañas a las causas de carácter laboral”*, *“no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya de antes, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.”* Así se refiere el TS en recurso de casación para unificación de doctrina de 8 de febrero de 2022.<sup>768</sup> El

---

<sup>767</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS J. “Las contingencias protegidas. Configuración general, contingencias profesionales y contingencias comunes” AAVV *Tratado de derecho de la Seguridad Social Tomo I MONEREO PÉREZ, JL, RODRIGUEZ INIESTA, G.* (Dirección) Ediciones Laborum S.L Murcia 2017 Pág. 496

<sup>768</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 8 de febrero de 2022. Recurso 4030/2020. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/83b8686324feb7f2/20220228>

cuidado en la prevención de riesgos físicos y mentales podría ayudar a su no producción. La misma línea prevencionista se debería aplicar cuando la persona está teletrabajando para evitar así su acaecimiento.

Los hechos derivan de un procedimiento de determinación de contingencia. Por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia se estimó la pretensión de contingencia profesional, en suplicación se revocó la sentencia de instancia por el TSJ de Valencia de 21 de julio de 2020. Se señaló que el proceso de IT que se había iniciado el 29 de enero de 2013 no se derivaba de accidente de trabajo. Se interpuso recurso de casación para unificación de doctrina. Se inadmitió por falta de contradicción con la sentencia referencial de la Sala de lo Social del TS de 8 de marzo de 2016 que estimaba el recurso de casación para unificación de doctrina. En este caso el episodio determinante del diagnóstico de infarto agudo de miocardio se produjo mientras desempeñaba su actividad laboral.<sup>769</sup>

Se acreditó que el trabajador había acudido a urgencias el 28 de enero de 2013 por tendinitis del hombro y patología del manguito rotador. En el parte de asistencia se relacionó la dolencia con el trabajo. La sala de suplicación entendió que no se había producido ningún acontecimiento traumático ocurrido en tiempo y lugar de trabajo. Tampoco existía parte de accidente de trabajo ni datos que certificasen que el trabajador estaba desarrollando actividad laboral antes de acudir al centro médico ni las funciones concretas que desarrollaba.

El legislador, en el apartado cuarto del artículo 156 dispone la concurrencia de determinadas circunstancias excluyentes que desvirtuarían el origen profesional<sup>770</sup>. Así la fuerza mayor extraña al trabajo no debe tener ninguna relación con el trabajo ejecutado por cuenta ajena. Expresamente no se considerarán la insolación, el rayo u

---

<sup>769</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 8 de marzo de 2016 Recurso 644/2015 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/277ad1aea6e73031/20160322>

<sup>770</sup> Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza. b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado. 5. No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: a) La imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira. b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.



otros fenómenos de análogo naturaleza. Se podría apreciar el origen profesional si estos fenómenos se dan en el momento del desarrollo del trabajo “*estos fenómenos se han de dar en el trabajo que se ejecutaba por cuenta ajena*”.<sup>771</sup>

Así pues si el concepto y redactado del artículo que regula los accidentes de trabajo adolece de una mirada en perspectiva de género que se deberá dejar al buen criterio de los Tribunales también se debe poner el enfoque en los nuevos riesgos emergentes. Las nuevas realidades laborales, las nuevas tecnologías generan nuevos riesgos físicos y en buena parte mentales. En el caso del teletrabajo, que surgió con fuerza en la pandemia, la casuística que pueden generar los accidentes de trabajo es máxima. Sea como fuere se echa en falta un redactado del artículo adecuado a las nuevas realidades laborales y sociales, dónde prevalezca la salud en un sentido amplio.

### **2.1.3. Reparación íntegra del daño**

La normativa de seguridad social ha previsto la reparación íntegra del daño desde sus inicios, tanto la Ley de accidentes de trabajo, el Decreto de 22 de junio de 1956<sup>772</sup>, Decreto 2766/67<sup>773</sup> LGSS74 o LGSS94 se hacían eco de esta premisa. La asistencia

---

<sup>771</sup> Tribunal Superior de Justicia. País Vasco. Sentencia de 18 de mayo de 1999. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/31e210a2b246c29d/20040805>

No se consideró accidente de trabajo una insolación por no probarse que había ocurrido durante la prestación de servicios.

<sup>772</sup> Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y el Reglamento de accidentes de trabajo.

<sup>773</sup> Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Se derogó por RD 1192/2012 de 3 de agosto. Uno. La asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional se prestará al trabajador de la manera más completa y comprenderá: a) El tratamiento médico y quirúrgico de las lesiones o dolencias sufridas, las prescripciones farmacéuticas y, en general, todas las técnicas diagnósticas y terapéuticas que se consideren precisas por los facultativos asistentes .b) El suministro y renovación normal de los aparatos de prótesis y ortopedia que se consideren necesarias y lo vehículos para inválidos .c) La cirugía plástica y reparadora adecuada, cuando una vez curadas las lesiones por accidentes de trabajo hubieran quedado deformidades o mutilaciones que produzcan alteración importante en el aspecto físico del accidentado o dificulten su recuperación funcional para el empleo posterior. Dos. Durante el período de asistencia sanitaria deberá realizarse, como parte de la misma el tratamiento de rehabilitación necesario para lograr una curación más completa y en plazo más corto u obtener una mayor aptitud para el trabajo. Este tratamiento podrá efectuarse también después del alta con secuelas o sin ellas, y siempre que permita la recuperación más completa de la capacidad para el trabajo en relación con los Servicios Sociales correspondientes.

sanitaria está orientada a la total recuperación y además con el derecho a reclamar indemnizaciones para compensar el daño moral.<sup>774</sup>

A todo ello la jurisprudencia también se ha pronunciado, la STS 4815/1995<sup>775</sup> determinaba que en relación con la asistencia sanitaria por AT se debía aplicar el principio de reparación íntegra del daño causado<sup>776</sup>. Si el daño afectase a la salud o a otros aspectos de la integridad personal quedaría justificado que se proporcione a las trabajadoras y trabajadores prestaciones específicas, lo que no se establecería para las contingencias comunes.<sup>777</sup>

La normativa internacional también se ha pronunciado en el sentido de la reparación íntegra del daño, así se puede aludir al Convenio 17 de la OIT<sup>778</sup>. Es de destacar la Orden TAS/2947/2007 de 8 de octubre<sup>779</sup> dónde se prescribe que la asistencia sanitaria en caso de accidentes de trabajo debe ser lo más completa posible y mientras dure el estado patológico. No obstante el RD 1030/2006<sup>780</sup> señala que todos los beneficiarios del SNS tienen derecho a las mismas prestaciones sanitarias. Se contempla en este RD una omisión del principio de reparación íntegra del daño causado en las contingencias profesionales. A pesar de todo el RD 1506/2012<sup>781</sup> sí señala en su art. 9.4 f) que quedarán exentos de aportación a los usuarios que en el momento de la dispensación requieran tratamientos derivados de ATEP. La financiación correrá a cargo de la MATEP.

---

<sup>774</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE L. “La reparación íntegra del daño en contingencias profesionales: protección de la salud e indemnizaciones por daños” op cit pág. 55.

<sup>775</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 2 de octubre de 1995. 4815/1995 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e689df22bfd96019/20030703>

<sup>776</sup> Normativa aplicada. Arts. 98 a 108 de la Ley General de Seguridad Social de 1974.

<sup>777</sup> Se pronuncian en el mismo sentido: SJSJ de Cataluña 2163/1999 de 18 de marzo (rec. 7396/1998), Normativa aplicable: art. 11 del Decreto 2766/62 de 16 de noviembre. Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre no derogado por el RD 63/1995 de 20 de enero. Esta asistencia sanitaria especializada será de responsabilidad de las MATEP:

<sup>778</sup> OIT. Convenio sobre la indemnización por accidentes de trabajo de 1925.

<sup>779</sup> Orden TAS/2947/2007, de 8 de octubre, por la que se establece el suministro a las empresas de botiquines con material de primeros auxilios en caso de accidente de trabajo, como parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-17835>

<sup>780</sup> RD 1030/2006, de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización.

<sup>781</sup> RD 1506/2012 de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común suplementaria de prestación ortoprotésica del SNS y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica.

Se pone de relieve la STS 2398/2010 de 2 de abril <sup>782</sup> dónde se manifiesta en el caso enjuiciado que aunque el RD 1030/2006 amparaba una determinada prótesis para los casos de amputación bilateral de los dos miembros superiores, si se trata de un accidente de trabajo el RD mencionado no resulta aplicable de forma automática. En los accidentes de trabajo a diferencia de cuando no lo son, debe prestarse la reparación del daño de la forma más completa. Ya se indicó en la STS de 23 de febrero de 1993<sup>783</sup> expresamente que señalaba el “*suministro y renovación de aparatos de prótesis que se consideren necesarios.*”

Una vez derogado el Decreto 2766/1967<sup>784</sup> la jurisprudencia siguió su línea argumental de reconocer en las contingencias profesionales “la reparación integral del daño causado”. De esta forma la STSJ de la Rioja de 22 de julio de 2020<sup>785</sup> apoya su argumentación en el RD 1506/2012 de 2 de noviembre dónde en su art. 9 se indica que estarán exentos de aportación las personas que requieran tratamientos derivados de ATEP.

De suma importancia es mencionar la STS 705/2019 de 10 de octubre. <sup>786</sup>. Señala que el RD 1192/2012 no hace alusión a las contingencias profesionales. A pesar de esta omisión la sentencia sigue con la línea jurisprudencial de “*reparación integra del daño*” por ser la que así se señala en el Convenio 17 de la OIT<sup>787</sup>. Además añade no se puede obviar la responsabilidad objetiva y automática del empresario.

---

<sup>782</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 2 de abril de 2010 2398/2010 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5514955edbce9729/20100603>

<sup>783</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 23 de febrero de 1993 núm. de recurso 1271/19902 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/55008adae87d4134/20060302>

<sup>784</sup> Derogado por el RD 1192/2012 de 3 de agosto.

<sup>785</sup> Tribunal Superior de Justicia de la Rioja. Sentencia de 22 de julio de 2020. 90/2020 disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f566888a4bb1c20a/20201016>

<sup>786</sup> Tribunal Supremos. Sala de lo Social. Sentencia de 10 de octubre de 2019. Resolución 705/2019 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c98507bd3703f4a2/20191021>.

<sup>787</sup> OIT. Convenio 17 sobre las pretaciones en caso de ATEP.

## 2.2. Los accidentes de trabajo y el teletrabajo

La evolución de la sociedad, de sus formas de organización, del desarrollo de las nuevas tecnologías, de los cambios consecuencia de la llamada Revolución 4.0<sup>788</sup>, tienen como lógica consecuencia un cambio de paradigma de modelo en las relaciones laborales, así pues el derecho laboral se debe adaptar a las nuevos tiempos, a las nuevas realidades entre ellas las plataformas digitales<sup>789</sup>, o el teletrabajo<sup>790</sup>

Después del repunte del teletrabajo en España durante el año 2020, en 2021 los niveles cayeron. No obstante sigue siendo superior al que había en el año 2019, 4,8% en diciembre de 2019. Es una realidad a tener en cuenta para redefinir el concepto amplio de accidente de trabajo en consonancia con el concepto amplio de salud. Un dato a destacar es que teletrabajan más las mujeres que los hombres, no es aventuroso pensar que coincide con el aún retraso de la corresponsabilidad familiar y doméstica.<sup>791</sup>

### 2.2.1. Accidente laboral-accidente doméstico

Una cuestión que suscita polémica es delimitar cuando es accidente doméstico o cuando accidente laboral. El art. 156.3 del TRLGSS señala que “*se presume, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo*”. Es una excepción sin limitaciones. Al ser presunción iuris tantum correspondería al empresario o MATEP romper este nexo causal.

Se podría considerar accidente de trabajos si aparece registrado como tiempo de conexión del trabajador, aunque es difícil concretar el momento exacto si ha podido ocurrir antes o después de la conexión, sin perjuicio de que se gozase de flexibilidad

---

<sup>788</sup> Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzuconi, C, Nuevas tecnologías y relaciones laborales, Pamplona Aranzadi, 2002 pag. 113.

<sup>789</sup> Ley 12/2001, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. (BOE de 29 de septiembre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15767>

<sup>790</sup> Ley 20/2021 de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio de 2021) creo la del Teletrabajo, el año pasado se aprobó por RD Ley, y este año como Ley en el Congreso. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472>

<sup>791</sup> Ministerio de Asuntos Económicos y transformación digital. *Flash datos de teletrabajo*. Disponible en <https://www.ontsi.es/es/publicaciones/flash-datos-teletrabajo-3t2021>

horaria (se debería utilizar un mecanismo de control del tiempo de conexión).<sup>792</sup> En este sentido es representativa la STSJ de Aragón de 18 enero de 2022<sup>793</sup> dónde una trabajadora sufre un infarto precisamente teletrabajando. La sentencia señala que no es obstáculo para que se aplique la presunción de laboralidad. No constituye óbice para poder aplicarla que durante el día anterior hubiese tenido síntomas preliminares. El accidente de trabajo se produjo en el tiempo y lugar de Trabajo esto es lo transcendental. Y tampoco desvirtúa la presunción de laboralidad que se produjese la llamada de emergencia una vez finalizada la reunión de Trabajo.

Así pues, un instrumento probatorio que podría ayudar sería la tipología y naturaleza de la lesión sufrida, dónde se podría dilucidar si las lesiones podrían ser accidentes domésticos o manifestaciones de una patología común. Es difícil también concretar la determinación exacta del lugar y momento en que se desarrollaba la prestación de servicios. En el caso de los teletrabajadores móviles se podría aplicar la presunción de laboralidad al accidente que sufriese por el trabajador mientras se encontraba conectado a la plataforma informática en el lugar previamente indicado que desarrollaría su actividad laboral.<sup>794</sup>

En las formas de teletrabajo el nexo causal se puede mantener pero juega un papel fundamental el acuerdo formal dónde se concretan las condiciones de trabajo y la comunicación a la empresa del lugar de prestación de servicios. Los accidentes in itinere en los teletrabajadores móviles lo mejor es avisar al empresario previamente del plan diario.

El TSJ de Madrid ha dictado sentencia en fecha 4 e enero de 2023 en contra de lo que señalaba el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Juzgado de lo Social de fecha 4 de diciembre de 2021 en reciente sentencia que reconoce como accidente laboral la lesión de una persona trabajadora que mientras desarrollaba la prestación de trabajo el

---

<sup>792</sup> SELMA PENALVA, A. “El accidente de trabajo en el teletrabajo. “Situación actual y nuevas perspectivas”. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de trabajo y bienestar social* núm 134 de 2016 pág. 144.

<sup>793</sup> STSJ de Aragón de 18 de enero de 2022 Resolución 20/2022 Fundamento jurídico sexto Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/aa79670ce349112c/20220401>

<sup>794</sup> Cervilla Garzón, M.J. y Jover Ramírez, C., “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales”. Op, cit. Pág. 20

día 30 de julio de 2020 fue a la cocina a beber agua, se resbala y al caerse se lesiona en la mano izquierda. En los fundamentos de derecho se señala que la persona trabajadora, empleada del Canal de II de Madrid, se encontraba realizando teletrabajo en el horario habitual.

El trabajador tuvo que ser intervenido quirúrgicamente por lo que fue beneficiario del subsidio de IT. Se considero que la contingencia derivaba de contingencias comunes en fecha 31 de julio de 2020. El trabajador no estuvo de acuerdo con la determinación de la contingencia y realizó la reclamación correspondiente, el INSS no estimo su reclamación (fecha de resolución 23 de marzo de 2021), como tampoco lo hizo el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid de fecha 15 de diciembre de 2021. El Juzgado de Instancia realizó una interpretación estricta de lo que se hubiese de entender como lugar de trabajo, coincidiendo con el puesto concreto que físicamente ocupaba el trabajador. Lo que fuese separarse de la mesa, silla y ordenador ya no se tendría que ser considerado accidente de trabajo.

El TSJ de Madrid se basa en su argumentación que doctrina del TS había señalado eran accidentes laborales y por ende basados en el artículo 156 de la LGSS y en el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo de julio de 2002 y artículo 13. 3 del ET, los que se sufrían durante el disfrute de la pausa del descanso diario habiendo salido del centro de trabajo. Son trabajos realizados con ocasion del trabajo dónde hay una causalidad indirecta. En el caso enjuiciado, se añade también como base en su fundamentación la Ley 10/2021, el accidente se produce mientras la persona trabajadora realizaba una necesaria y breve pausa. Es una actividad normal en la vida laboral, ir a beber agua o tomar un café. No resultaria por parte del trabajador una situación extraña. El TSJ ya que el sitio de trabajador no es un compartimento aislado y estanco. La importancia de ser originado como contingencia laboral, es que se podría dar el caso que fuese incrementada de un 30 a un 50%, que se haría cargo la empresa. Además de que la persona trabajadora podrá reclamar daños y perjuicios.

No se considera accidente domestico por el motivo que se haya realizado en el domicilio del trabajador. Se aplica la presunción de laboralidad al haber acontecido en el horario de trabajo y como ocasión del mismo. La organización del teletrabajo no debe suponer minoración de garantías, hay una relación causa-efecto. El artículo 13.1 en

vigor en el momento de los hechos se remite al domicilio del trabajador, establece un concepto más integral y omnicomprendido como referencia laboral. En suma, en el acuerdo de teletrabajo se indicaba *“El teletrabajo se realizaría como si estuviera en el centro de trabajo”*.

También en el contexto de la prestación de Servicios desarrollada mediante el teletrabajo el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres en fecha 26 de octubre de 2022 <sup>795</sup>estimo la demanda de una trabajadora. En la resolución se consideró como accidente de trabajo la caída que sufrió en su casa cuando iba al baño. En efecto, lo contrario sería esclavizar a la persona trabajadora a no poder realizar sus necesidades fisiológicas: *“nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una fábrica o taller”*. En consecuencia se estaría desprotegiendo a quien teletrabaja.

La demandante prestaba sus servicios como teleoperadora para la codemandada Atento Teleservicios España SA. Tenía un horario de trabajo de 8:00 horas a 14:00 horas. El 8 de marzo de 2022 acudió al baño de su domicilio dónde desarrollaba la prestación de servicios. Al salir del baño, en el pasillo, tropezó en el pasillo y cayó al suelo. Las consecuencias fueron traumatismo en el codo y en la parrilla costal derecha.

La trabajadora inicio una baja por incapacidad temporal por contingencias comunes. Como bien señala la sentencia con ocasión de la pandemia del coronavirus ha existido un importante desarrollo del teletrabajo por lo que obliga a matizar aspectos consolidados legislativa y jurisprudencialmente. Lo que en el caso enjuiciado no se enerva la presunción legal de accidente de trabajo. Se estima la demanda interpuesta por la trabajadora contra INSS, TGSS; MCSS, y empresa declarando que la baja por IT tiene su origen en un accidente de trabajo.

---

<sup>795</sup> Juzgado de lo Social. Cáceres. De 26 de octubre de 2022 Resolución 297/2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4bbab0a48bc87375a0a8778d75e36f0d/2022111>

### 2.2.2. Teletrabajo y accidente in itinere

La doctrina se plantea si el teletrabajo eliminaría el riesgo de sufrir accidentes de trabajo in itinere. En base a la jurisprudencia amplia que se erigió a partir de la sentencia de 26 de diciembre de 2013 se podría aplicar el accidente in itinere al teletrabajo. De esta forma se podría considerar accidente de trabajo el trayecto que separa el domicilio dónde se hubiese pernoctado al lugar habilitado por el trabajador para desempeñar sus tareas.<sup>796</sup> Desde luego sí se consideraría accidente in itinere el caso de los teletrabajadores a tiempo parcial.

Se suscita también la polémica de los accidentes en misión. Si el trabajador sufre un accidente cuando se desplaza el lugar habilitado para trabajar para ir a buscar material de oficina a un armario, o tiene que ir a comprarlo. Sería la casuística y mientras no haya un criterio legislativo claro la jurisprudencia dónde en caso caso se tendrá que pronunciar. Interesa resaltar cuando las personas trabajadoras que por la naturaleza de la relación laboral pernoctan en el lugar de trabajo habitual, aquí sí se considera accidente de trabajo<sup>797</sup> cualquier incidencia que se sufra en cualquier horario y momento del día. Se podría asimilar a las personas que estan teletrabajando.<sup>798</sup>

El supuesto que se daría a los accidentes sufridos por teletrabajadores que pueden aprovechar las facilidades de la nuevas tecnologías para llevar a cabo sus servicios en varias dependencias y sufren un accidente en el trayecto entre dichos centros, así pues, ¿podrían surgir nuevas formas de accidentes in itinere en el seno del teletrabajo? Sin duda la tarea del legislador es establecer los contornos del accidente de trabajo, adecuarlo a las nuevas realidades laborales.<sup>799</sup>

---

<sup>796</sup>SELMA PENALVA, A. “El accidente de trabajo en el teletrabajo. “Situación actual y nuevas perspectivas” op cit. pág. 154

<sup>797</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 6 de julio de 2015. 3684/2015 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d689df1b2577c780/20150904> “los trabajadores están sujetos a una permanente disponibilidad”

<sup>798</sup> SELMA PENALVA, A. “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”. Op cit. pág. 162

<sup>799</sup> POQUET CATALÀ, R, Accidente de trabajo in itinere en el trabajo su difícil conjunción. Op. cit Pág.



Los riesgos que se asocian al teletrabajo son entre otros los relacionados con pantallas de visualización<sup>800</sup> o el aislamiento de la persona trabajadora<sup>801</sup>, hay un desarraigo del trabajador respecto de las relaciones humanas y profesionales que se dan en el trabajo presencial. Al respecto este aspecto podría dar lugar a stress, ansiedad o incluso depresión.<sup>802</sup>

En general los riesgos derivados del trabajo y de la industria 4.0 el más llamativo es el tecnoestrés<sup>803</sup>. Dentro del tecnoestrés se puede incluir la tecnoadicción (compulsión a utilizar las TICs en todo momento), la tecnofatiga (agotamiento mental y cognitivo), la tecnoansiedad (altos niveles de activación fisiológica no placentera) con tensión y malestar por el uso actual o futuro de TICs, o la tecnofobia.

### **2.3. El accidente de trabajo y los riesgos psicosociales**

Las nuevas tecnologías son una realidad imparable en las políticas socio laborales y en la economía, de hecho pocas sobreviven sin adaptarse a la globalización y a la tecnología.<sup>804</sup> Se imponen nuevos hábitos y fórmulas de producción, nuevas técnicas de acceso al mercado y reformulación de las relaciones laborales, de esta forma se limitan los costes de producción, pero puede incidir en la reducción del empleo y se generan fórmulas que facilitan un mayor control en la realización del trabajo.

En base a estas nuevas realidades a la legislación se le presenta el gran reto de abordar una nueva realidad de riesgos originados en el sector terciario principalmente aunque no exclusivamente, de carácter psicosocial o que tienen relación con la organización del trabajo. Algunas de las patologías más destacadas son el estrés laboral, o el síndrome del trabajador quemado o el acoso laboral.

---

<sup>800</sup> Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 16 de julio de 2002 (última modificación 17 de octubre de 2005), art. 9 párrafo tercero. Artículo 8.

<sup>801</sup> Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 16 de julio de 2002 (última modificación 17 de octubre de 2005), art. 9 párrafo tercero.

<sup>802</sup> CERVILLA GARZÓN, MJ JOVER RAMIREZ, C. “*Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales*” op. Cit pág. 21.

<sup>803</sup> AGRA VIFORCOS, B. “La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales” pág. 298

<sup>804</sup> SANCHEZ PÉREZ, J. “Las patologías asociadas a los riesgos psicosociales y las dificultades para su adecuada atención sanitaria”. En AAVV Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea PEREZ BUENO, L.C y DE LORENZO GARCÍA, R. (coordinadores) Editorial Laborum, Murcia 2016 Pág. 885.

Estos riesgos subyacen principalmente en momentos de crisis económica y debida en parte a la posición más débil del trabajador en relación con el empresario o empresaria. Las consecuencias de estos riesgos psicosociales pueden ser nefastas tanto para la organización empresarial como para la salud de las y los trabajadores.

Como indica MOLINA NAVARRETE tanto la OMS como la OIT estiman que los riesgos de carácter psicosocial son la principal causa de baja laboral en los países más desarrollados y la segunda en los países en desarrollo y además con una duración superior a las bajas con dolencias físicas. En la anterior crisis financiera se puede recordar el trágico episodio en la empresa France Telecom. La presión y el acoso derivaron en 19 suicidios y otras tantas bajas por estrés y depresión.<sup>805</sup>

En el art. 4.4 de la Ley del trabajo a distancia<sup>806</sup> sí se refiere a los riesgos psicosociales en el mundo digital específicamente. Así prescribe que se debe tener en cuenta “*las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral*”. Se hace una especial mención a las víctimas de violencia de género en aras a la protección de los derechos sociolaborales.

El artículo 16 de la Ley de trabajo hace referencia a que en la evaluación de riesgos se deben tener en cuenta los factores psicosociales. Se prohíben las discriminaciones por edad o discapacidad. En una empresa pueden convivir personas jóvenes con personas de mayor edad, diversidad etaria, a tener en cuenta en el acceso al entorno digital. A nadie se le escapa que una persona más joven ha crecido con las nuevas tecnologías y se podría sentir más cómoda y adaptada que una persona de mayor edad.

Es en el art. 18 de la Ley del trabajo a distancia dónde se regula la desconexión digital en similares términos al art. 88 de LO 3/2018 de 5 de diciembre<sup>807</sup>. En éste se limita el uso de los medios tecnológicos durante los períodos de descanso. La empresa debe

---

<sup>805</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “*Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo*” CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social” agosto-septiembre 2021. Pág. 3.

<sup>806</sup> Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, art. 4.4 (BOE de 10 de julio) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472>

<sup>807</sup> LO 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. (BOE de 6 de diciembre de 1978). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>

elaborar una política interna dónde se definan las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. También debe prever acciones de formación para visibilizar los riesgos asociados, en auge la fatiga informática que puede derivar en fatiga visual.

Se puede poner de relieve ejemplificativa de la aplicación de la presunción de accidente de trabajo del artículo 156.3 de la LGSS la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2022<sup>808</sup> La demandante prestó servicios para la entidad Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A prestando servicios en diversos períodos desde el año 2017. Su última contratación fue con un contrato temporal a jornada completa entre el 1 de marzo y el 31 de mayo de 2019 en Rutis-Culleredo. La trabajadora estuvo en situación de baja por IT desde el 6 de mayo y el 17 de julio de 2019 por “cuadro de ansiedad”. Instó proceso sobre determinación de contingencia ante la Dirección provincial de A. Coruña del INSS se declaró en fecha 22 de julio de 2020 en la que se declaró el carácter de enfermedad común el proceso de IT temporal.

La trabajadora formuló demanda sobre tutela de derechos fundamentales frente a su empleadora dónde se dictó sentencia el 18 de agosto de 2020, y el fallo fue declarar la existencia de vulneración del derecho a la intimidad consecuencia de los requerimientos de información médica para inclusión en el listado de la bolsa de contratación temporal.

La oficina dónde trabajaba la actora prestaba sólo servicios un operativo de atención al público, dependiente de la oficina principal sita en Rutis-Culleredo. Se le proporciona formación en prevención de riesgos laborales. En fecha 14 de marzo de 2019, D. Camila remite a su superior quejas por hechos en relación con carteros y que se reiteran el 28 de marzo de 2019. El 16 de abril de 2019 a las 11:45 la Policía Local de Culleredo se acerca a las Oficinas de Correos Rutis porque unos usuarios solicitaban hojas de reclamaciones. El día 4 de mayo de 2019 D. Camila se traslada a las dependencias de la Guardia Civil de Culleredo a formular denuncia frente a dos personas por los insultos que les habían proferido mientras prestaba sus servicios.

La juzgadora de instancia emite sentencia señalando que el estado de ansiedad no deriva de accidente de trabajo ya que el estado de ansiedad se produjo a causa de la actuación

---

<sup>808</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social. Resolución 1954/2022 de 26 de abril de 2022. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e0349c2bec28eb67/20220606>

de unos clientes particulares. En suplicación no se comparte la determinación de contingencia y se estima la demanda de la trabajadora calificándola de accidente de trabajo. La fundamentación jurídica de la Sala es que cualquier situación de violencia que sufra la persona trabajadora en el lugar de trabajo ha de tener las mismas características que las producidas por un accidente de trabajo. Fueron los clientes los que causaron el estado de ansiedad, por lo que existe un nexo causal e inequívoco entre estado de ansiedad y accidente de trabajo.

Como bien señala la sentencia se presumirá salvo prueba en contrario que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra la persona trabajadora durante el tiempo y el lugar de trabajo. Esta presunción alcanza a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo, causados por agentes patológicos internos y externos. No impedirá la calificación como de accidente de trabajo la concurrencia de culpabilidad civil o criminal de un tercero, salvo que no guardase relación alguna con el trabajo, así lo determina el art. 156.5 de la LGSS. En el caso la responsabilidad civil o criminal en que hubieran podido incurrir las terceras personas sí guardan relación con el trabajo, al ser clientes de la empresa y su actuación se produjo en tiempo y lugar de trabajo.

En este sentido también se pronuncia la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social de 24 de mayo de 2022. El demandante desarrolla su prestación de servicios para Divina Pastora Seguros Generales S.A y sus funciones consistían en prestar servicios de coordinación y gestión del cuadro médico de la empleadora en las zonas aseguradas sito en Bilbao. El 19 de junio de 2019 la empleadora le remitió comunicación indicándole su traslado a Valencia a partir de 22 de julio de 2019. El 10 de julio de 2019 inicia situación de IT por contingencias comunes por trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo. En Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia de 9 de marzo de 2020 se declaró injustificada la movilidad geográfica.

En fecha 15 de noviembre de 2019 el trabajador presentó reclamación de contingencia ante el INSS dónde se declaró en fecha 3 de marzo de 2020 que tenía origen en accidente laboral. La empresa presentó demanda al Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao que se dictó en fecha 28 de junio de 2021 de determinación de contingencia de incapacidad temporal confirmando la resolución del INSS.

En instancia se declara que queda acreditado que el trastorno adaptativo tuvo su consecuencia en la comunicación empresarial de traslado del trabajador del centro de trabajo sito en Bilbao a Valencia, que fue declarado injustificado por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia. En suma, la persona trabajadora no tenía antecedentes psiquiátricos. No hay ninguna causa que pudiese coadyuvar a dicho trastorno ajeno al trabajo.

Por lo que en base al artículo 156.2.3 de la LGSS se determina que tendrán la consideración de accidente de trabajo las enfermedades que contraiga la persona trabajadora con motivo de la realización de su trabajo, cuando se pruebe que tuviere por causa exclusiva la ejecución de este. Se asume acreditada la relación causal entre la comunicación del traslado y el trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo.

La realidad del conflicto laboral determinó el inicio de un procedimiento judicial y proceso patológico por lo que fue su causa exclusiva. Por añadidura, no pasa por alto que sí es un efecto estresor la orden de cambio de centro de trabajo a otra localidad en el período de un mes, después de haber estado 30 años prestando servicios en Bilbao y tener que acudir al Juzgado de lo social para declarar injustificada la decisión empresarial. Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa.

### **2.3.1. El Estrés**

El estrés laboral se podría definir “*como la relación de reacciones de carácter emocional, cognitivo, fisiológico y de comportamiento frente a ciertos aspectos nocivos relativos a la prestación laboral, su organización laboral y entorno. Viene habitualmente definido por elevados niveles de excitación y angustia, que ofrecen la sensación subjetiva de incapacidad para afrontar la situación descrita.*”<sup>809</sup>

Se trae a colación la STSJ de La Rioja de 7 de mayo de 2021<sup>810</sup>. Se expresa que la presunción de laboralidad no sólo queda establecida en los accidentes laborales sino también en las enfermedades. La presunción legal debe probarse, la parte que se opone a

---

<sup>809</sup> SANCHEZ PÉREZ, J. “Las patologías asociadas a los riesgos psicosociales y las dificultades para su adecuada atención sanitaria”. Op cit PÁG. 887

<sup>810</sup> Tribunal Superior de Justicia. La Rioja. Sentencia de 7 de mayo de 2021. 167/2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5d8193ff576cb28c/20210622>

la presunción debe acreditar la falta total de conexión entre la lesión y el trabajo. Lo que se valora en la presunción es la acción del trabajo como factor desencadenante de la crisis, es decir la exteriorización de sus manifestaciones clínicas invalidantes para el trabajo.

En el supuesto de hecho de la sentencia se determinaba en la evaluación de riesgos los riesgos psicosociales, así el estrés, como “*tolerables*”. Se determina al contrario de la sentencia de instancia que la baja es por contingencias profesionales. La situación que determino la incapacidad se produjo cuando la trabajadora desarrollaba su trabajo como supervisora en una tienda (presíncopes con desvanecimiento y mutismo).

En efecto el puesto de la trabajadora comporta un cierto nivel de estrés, como indicaba la evaluación de riesgos. El hecho de estar en estudio por cefaleas con anterioridad al incidente desencadenante de la IT no es determinante. Dichas cefaleas no habían sido incapacitantes para el trabajo. Tampoco desvirtúa la presunción de laboralidad el hecho de tener una personalidad anáncastica. Es compatible ser de personalidad anáncastica y tener en el trabajo efectos estresores que desencadenen patologías en el lugar y tiempo de trabajo.

Se ha estimado a través de encuestas realizadas que más de los 147 millones de personas trabajadoras existentes a finales del siglo XX habían manifestado realizar su prestación de servicios a un ritmo elevado y con plazo ajustado.<sup>811</sup> Más de un tercio de estos trabajadores carecían de influencia para incidir en la ordenación de las tareas que realiza, en tanto que más de una cuarta parte carecían de decisión sobre el ritmo que debe realizar su trabajo, un 13% afirma padecer dolores de cabeza, 17% dolores musculares, un 20% fatiga, 28% estrés y un 30% dolores de espalda.

El estrés se puede originar tanto por falta de trabajo (como una estrategia por parte de la empresa de acoso) como por exceso de trabajo por temas debidos a reajustes de personal, como por tiempos ajustados para realizar una tarea, ausencia de definición

---

<sup>811</sup> Comisión Europea. Empleo Asuntos Sociales *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿la sal de la vida o el beso de la muerte?* Dirección General de Empleo, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 2002 pág. 3 . En el informe se hace constar que una estimación moderada de los costes derivados del estrés relacionado con el trabajo se sitúa en 20 millones de euros anuales, situación a la que suma el sufrimiento humano que afecta a millones de trabajadoras y trabajadores en Europa.

clara de tareas, la falta de reconocimiento explícito, trabajos monótonos, no escuchar a la hora de tomar decisiones, inseguridad en la inestabilidad del empleo o por discriminaciones.<sup>812</sup> La prolongación de estas situaciones puede provocar la cronificación de todas las patologías que se asocian al estrés.

Una de las manifestaciones más típicas del estrés es la depresión, la cual no siempre es fácil de diagnosticar si el origen es profesional o común. En este contexto se traduce en que los procesos de incapacidad laboral a que da lugar reciben un tratamiento como contingencia común. Lo que comporta que el tratamiento sanitario es sufragado por el SNS y no por la MATEP (tiempos de espera, falta de especialización...), y además impide el avance en la materia de prevención de riesgos laborales.<sup>813</sup>

### **2.3.2. Burn out**

Otra enfermedad que empieza a ser habitual es el *burn out* (síndrome del trabajador quemado) Es un riesgo psicosocial caracterizado por el sometimiento a difíciles condiciones laborales y altas demandas sociales. Dicho en otras palabras, es un trastorno adaptativo crónico asociado al esfuerzo de alta intensidad y mantenido en el tiempo, se genera una pérdida voluntaria de rendimiento laboral asociado a depresión y actitudes agresivas<sup>814</sup>

La STSJ de Navarra de 23 de marzo de 2004<sup>815</sup> engloba los padecimientos psíquicos en el art. 115.2 e) de la LGSS94. Se encuadra dentro de las enfermedades de trabajo. Señala que en el burn out el elemento intencional está ausente. Los desencadenantes podrían ser la categoría profesional, las funciones desempeñadas, se agudiza en el sector

---

<sup>812</sup> VEGA MARTINEZ, S: NPT 603: *Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social* 2001 “Si las exigencias son tan elevadas que el trabajador no puede hacerles frente, o si éste no se encuentra en posición de ejercer influencia en aspectos importantes de sus condiciones de trabajo, y de poder adoptarlos, la situación genera estrés y puede aumentar la velocidad a la que se producen los procesos corporales de desgaste, conduciendo a un mayor riesgo de enfermedad o incluso de fallecimiento”

<sup>813</sup> Comisión Europea. Empleo Asuntos Sociales *Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo ¿la sal de la vida o el beso de la muerte?* Dirección General de Empleo, Luxemburgo (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 2002 pág. 8.

<sup>814</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *Una visión global y práctica de los riesgos psicosociales en el ámbito laboral. Estrés laboral, síndrome del trabajador quemado, acoso laboral y sexual y enfermedades de súbita aparición* Editorial Comares, Granada 2016. Pág. 54 a 71.

<sup>815</sup> Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sentencia de 23 de marzo de 2004 recurso: 48/2004 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/35bfe8732bc01eea/20040506>

servicios. En efecto el burnout es un síndrome de agotamiento físico y mental intenso. *“el quemado tiene fuerzas, pero no ganas”*.

Así se señala en la STSJ de Andalucía de 1 de junio de 2017<sup>816</sup>. La sentencia estima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora. Se parte de la base del artículo 115.2 e) de la LGSS 1944. Una enfermedad psiquiátrica puede ser calificada como accidente de trabajo. La causa exclusiva de la lesión fue el trabajo. La trabajadora presentaba rasgos de personalidad anancástica, lo que no desvirtúa que el origen sea profesional. La STSJ de Castilla y León 524/2017 de 20 de septiembre sí argumenta que los riesgos psicosociales cuando exista causalidad y exclusividad deben tener su espacio como contingencia profesional.<sup>817</sup>

Según prescribió la OMS se debería incluir el síndrome del burnout en el cuadro de enfermedades profesionales. El 1 de enero de 2022 entró en vigor la última clasificación internacional de enfermedades, la cual califica al burnout como un problema relacionado con el trabajo. La OMS el 25 de mayo de 2019 dio un plazo de 18 meses para adecuar la legislación a estas prescripciones en cada país.

En base a los datos de la Fundación Europea de Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound), uno de cada cinco trabajadores padece el síndrome de 'burnout' en Europa. La 'Guía del Mercado Laboral 2022' indica que el 43% de los profesionales españoles tienen sensación de fatiga laboral tanto física como mental, agravada con la pandemia. La OMS el 25 de mayo de 2019 estableció un plazo de 18 meses para que cada país incluyese el burnout en la lista de enfermedades profesionales<sup>818</sup>

---

<sup>816</sup> Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Resolución de 1 de junio de 2017 1683/2017 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/74af2fbc0a64c6e0/20170825>

<sup>817</sup> En los mismos términos STSJ de Andalucía de 29 de junio 2013/2017. STSJ del País Vasco 4 de marzo de 2008 (rec. 76/2008) STSJ del País Vasco de 2 de noviembre de 1999 (rec. 1320/1999) y de Navarra de 5 de marzo de 2014 (rec. 47/2014).

<sup>818</sup> Vid. “CSFI pide añadir el síndrome del trabajador quemado a las enfermedades profesionales” El Derecho.com Lefebvre Disponible en <https://elderecho.com/sindrome-burnout-trabajador>



### 2.3.3. Acoso laboral

Merece también interés el acoso laboral. En efecto una de las primeras tareas a realizar por el legislador al ratifica el Convenio 190 de la OIT será definir el acoso laboral, sus elementos configuradores y medidas para su prevención.<sup>819</sup> Es un comportamiento que se materializa con la finalidad de provocar miedo o desánimo en las personas trabajadoras víctimas de este en relación con la actividad laboral.

Esta situación de violencia psicológica debe ser prolongada en el tiempo y recurrente desembocando en problemas psicológicos, abandono del puesto de trabajo o incluso al suicidio.<sup>820</sup> Por lo que los elementos esenciales serían la intención de hacer daño en la esfera de los derechos personales esenciales y el carácter continuado. Quedarían al margen las relaciones simétricas laborales y los conflictos entre las partes de forma puntual. Advertir que el Convenio 190 de la OIT elimina el elemento de la reiteración.

Es de destacar el papel de los convenios colectivos y su evolución desde una tímida mención de los riesgos psicosociales hasta las remisiones normativas u ofreciendo un concepto genérico de acoso y finalmente llegar a incluirlo en el régimen disciplinario y en la elaboración de protocolos para su prevención.<sup>821</sup> No obstante, en diferentes sentencias judiciales se acaba indicando que no hay acoso sino conflicto interpersonal.

Se parte como indica MOLINA NAVARRETE<sup>822</sup> de una obsoleta concepción del acoso laboral “*conducta intencional y sistemática de violencia psíquica extrema*”. Así la STSJ de Castilla la Mancha de 29 de marzo de 2021<sup>823</sup> entra en el fondo del asunto, aunque la

---

<sup>819</sup> MORENO SOLANA, A. “Acoso sexual, acoso por razón de género y acoso moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda” AA. VV *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*- NIETO ROJAS, P (directora) Editorial Dykinson, Madrid, 2021 pág. 190

<sup>820</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Resolución de 11 de abril de 2014. 2848/2014 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/67b50e44f5eb8bf8/20140604>

<sup>821</sup> AV La evolución de la negociación colectiva en materia de Prevención de riesgos laborales: con especial incidencia en los riesgos psicosociales en los años 20 de la LPRL, secretaria de Salud laboral y Medio Ambiente, UGT 2015

<sup>822</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “*Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo*” op cit. Pág. 178

<sup>823</sup> Tribunal Superior de Justicia. Castilla la Mancha. Sentencia de 29 de marzo de 2021 (rec. 1134/2020) disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f9c765c7c21ae10/20210610>

acción ya estaba prescrita. Se declara que no se describe una situación de acoso en el trabajo maquinada contra la trabajadora demandante. Por tal motivo no hay una vulneración de derechos fundamentales en relación con el derecho a la dignidad, no discriminación e integridad moral, derecho al honor y derecho a la salud. Destaca la sentencia la necesidad de que quien alega la vulneración de un derecho fundamental alegue la existencia de un clima propicio o conducta atentatoria para hacer verosímil su alegación.

Los hechos descritos por la sentencia se refieren a que la trabajadora prestaba servicios en un despacho con otros tres empleados y solicitó su traslado a otra planta del edificio. El motivo de la solicitud radicaba en los problemas con un mando intermedio que la sometía a continuo menosprecio personal e ideológico. Además, sí se había quejado por sobrecarga de trabajo y presión psicológica. La ITSS constata que la empresa había tratado el contexto psicosocial producido de forma deficiente.

Con posterioridad estuvo de baja por IT diagnóstico ansiedad. Una vez incorporada al trabajo tuvo que ser tratada en urgencias por un episodio autolítico y diagnóstico inicial depresión mayor. La empresa, Cruz Roja, sí tenía un protocolo de acoso que no se había activado. Cuando se reincorporó a su puesto de trabajo, éste estaba ocupado y se le encarga la realización del inventario, se podría considerar una degradación de sus funciones laborales. La empresa incumplió el cometido de reincorpórala en un puesto adecuado a su estado.

A pesar de todo, la sentencia falla que no hay situación de acoso, ni vulneración de derechos fundamentales, ni discriminación ni se infringe el derecho a En la STSJ de Madrid de 16 de junio de 2020<sup>824</sup> la Sala descartó el acoso moral, pero lo calificó como un trato degradante por la deficiente organización y condiciones de trabajo empresariales sin tener en cuenta las graves consecuencias que la sobrecarga de trabajo y estrés conllevan un riesgo inminente para la salud. La falta de personal de la residencia de ancianos suponía para la persona demandante, gericultor, una sobrecarga de trabajo con la presión añadida que al ser personas a quien cuidar dependientes no se

---

<sup>824</sup> Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia de 16 de junio de 2020. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b801bf2882ad099f/20200826>

podían desatender. Como recalca MOLINA NAVARRETE no sólo el acoso pone en peligro el derecho a la integridad personal sino la violencia psíquica.<sup>825</sup>

Así pues, advierte LLORENS<sup>826</sup> el no reconocer como acoso un acto puede igualmente constituir un riesgo psicosocial con la posibilidad de resarcir daños por afectar a la salud y dignidad de las personas trabajadoras. La doctrina en los tribunales en suplicación sigue una línea de ligar acoso con resultado de lesión psíquica. Esto como afirma LLORENS<sup>827</sup> podría poner en peligro el aspecto preventivo. El TC por su parte señala el menoscabo como uno de los elementos integrantes del acoso al expresamente mencionar “*encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento menoscabo)*” no es preciso “*que la lesión de la integridad moral se haya consumado*”.<sup>828</sup> El acoso moral ya en si mismo genera un daño evaluable y de necesario resarcimiento.

Destaca MORENO que según un estudio realizado por el Workplace Bullying Institute, las víctimas del acoso laboral son mujeres de entre 32 a 55 años. Otros colectivos que son víctimas de acoso son los trabajadores que son parte de un grupo minoritario. Otra encuesta que destaca MORENO es la realizada entre 2017 y 2020 que indica que el 67% de estas conductas abusivas son hombres y el 66% de todas las víctimas de acoso laboral son mujeres.<sup>829</sup>

Es la STC 56/2019<sup>830</sup> la que da un giro en la definición seguida de acoso laboral en la jurisprudencia y se alinea con el Convenio 190 de la OIT. Se hace alusión a la intencionalidad, Se señala que podría no haber intencionalidad y también tratarse de acoso moral. En este caso el riesgo ha de ser relevante de sufrir el daño y el nexo de

---

<sup>825</sup>MOLINA NAVARRETE, C. “*Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo*” op cit. Pág. 181

<sup>826</sup> LLORENS ESPADA, JULEN “La protección frente al acoso en el trabajo: delimitación a la luz de las últimas reformas normativas y estado de la cuestión en la jurisprudencia” en AAVV La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo” RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (directora) pág. 323

<sup>827</sup> Idem pag. 325

<sup>828</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de junio de 2019. (56/2019). Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25922> fdo. Jurídico quinto.

<sup>829</sup> MORENO SOLANA, A. “Acoso sexual, acoso por razón de género y acoso moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda” op. Cit pág. 176

<sup>830</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de junio de 2019. (56/2019). Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/25922>

causalidad entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo. Se hace referencia también al daño físico o moral, o que se tratara de una conducta potencialmente lesiva. Se manifiesta en tercer lugar la característica de la vejación o la probabilidad de producirse (la conducta se produce con el fin de humillar o es idónea para producir ese resultado).

Se declara que la administración como empleadora ha lesionado el derecho a la integridad moral (art. 15 de la CE) por marginarle laboralmente durante un período de tiempo. Se creó un puesto de trabajo sin contenido efectivo para que fuese asignado al demandado. La administración no supo justificar el porqué de la situación, que era a quién le correspondía su justificación. El trato de la administración al trabajador se concluye que fue degradante por concurrir la intención, el menoscabo y vejación más la duración de la acción. Matiza el TC que, si hubiese faltado el trato vejatorio, si no hubiese tenido cobertura legal u objetivo legítimo se habría vulnerado igualmente la integridad moral.

#### ***2.3.4. Para curar prevenir***

Lamentablemente las evaluaciones de riesgo psicosociales se realizan como expone por acción de la actividad inspectora. Merece su mención el criterio técnico 140/2021 sobre actuaciones de la Inspección en riesgos psicosociales para marcar sus pautas al respecto<sup>831</sup>. La prevención de los riesgos psicosociales debe ser primaria, no a posteriori una vez han ocurrido.

En lo que hace referencia a los riesgos psicosociales la STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2019<sup>832</sup> argumentaba que la ley no regulaba la obligación de dar cobertura a los riesgos psicosociales con anterioridad a su acaecimiento. Se refiere la sentencia que el legislador sólo menciona los riesgos psicosociales en el artículo 4.7d) de la LPRL en relación con el artículo 15.1 d). El TJUE en sentencias de 9 de marzo de

---

<sup>831</sup> Criterio técnico 104/2021 sobre actuaciones de la ITSS en riesgos psicosociales.

<sup>832</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 9 de septiembre de 2019. Recurso. 2949/2019 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9ab8ad232fbcdf6e/20191107>

2021<sup>833</sup> reafirmó la necesidad de una prevención psicosocial primaria, incluyendo la carga psicosocial ambiental.

SANCHEZ hace un llamamiento a la prevención de riesgos antes que la rehabilitación o el abandono prematuro del trabajo por motivos de salud, lo que se complica cuando en la mayor parte de ocasiones su calificación es como contingencia común en lugar de contingencia profesional, de tal forma quedan invisibilizadas. Concluye SÁNCHEZ que mejorarían los riesgos psicosociales su atención sanitaria si fuese considerada enfermedad profesional<sup>834</sup>

Los riesgos psicosociales no es un tema baladí ya que según los datos que se muestran en la segunda edición de la encuesta COTS: el porcentaje de trabajadores y trabajadoras en riesgo de mala salud mental entre la población asalariada en 2021 en España fue del 60,6%, se empeora un 5,5% más que en 2020.<sup>835</sup>

#### **2.4. Los accidentes de trabajo y la perspectiva de género**

Es menester iniciar este apartado con el art. 27 de la LO 3/2007<sup>836</sup> que expresamente señala: “*el igual derecho a la salud de hombres y mujeres, a través de la integración activa, en los objetivos y en las acciones de la política de salud, del principio de igualdad de trato, evitando que por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales, se produzcan discriminaciones entre unas y otros*”.

Hay que tenerlo en cuenta porque los riesgos tanto físicos como psicológicos les influyen de manera diferenciada a hombres y mujeres. Hay diferencias biológicas y estereotipos consolidados que se hacen patentes.<sup>837</sup> Ciertamente, todas las políticas

---

<sup>833</sup> Tribunal de Justicia. Sentencia de 9 de marzo de 2021. C-344/19 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0344>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 9 de marzo de 2021. C-580/2019. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0580>

<sup>834</sup> SANCHEZ PÉREZ, J. “Las patologías asociadas a los riesgos psicosociales y los dificultades para su adecuada atención sanitaria”. Op cit PÁG. 892.

<sup>835</sup> Realizada por el Instituto Sindical de Trabajo, ambiente y salud de CCOO y el grupo Psychosocial risks, Organization of word and Health (Powah) de la UAB. <https://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2021/07/21/encuesta-cots-confirma-empeoramiento-salud-mental-por-pandemia#.YSYjUsaM6ts.whatsapp> (Consultado agosto 2021).

<sup>836</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. (BOE de 24 de marzo) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

<sup>837</sup> AGRA VIFORCOS, B. “La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales” op. Cit Pág. 277.

públicas que sean un avance en la igualdad efectiva hombre y mujer y no discriminación tendrán por ende un efecto positivo en la salud de la mujer y en la prevención de accidentes de trabajo.

En el art. 16 de la Ley del trabajo a distancia se incluye el factor de “*accesibilidad del entorno laboral*”, lleva a incluir a todas las personas y colectivos, lo que implica tener en cuenta la perspectiva de género también cuando no se trabaje de forma presencial. Además de la violencia y el acoso en el trabajo hay que tener en cuenta el “*estrés laboral de género*”.<sup>838</sup>

Es decir, los conflictos laborales que se relacionan con el reparto sexista del trabajo y que pueden provocar daños a la salud y por consiguiente deberían ser considerados accidente de trabajo. De esta forma el conflicto trabajo(productivo)/familia(reproductivo) es de especial consideración al interpretar el origen laboral o no. A la hora de analizar el estrés de una trabajadora entrarían factores por ejemplo si la trabajadora está disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijos.

Hasta que no se alcance una total corresponsabilidad las tareas del hogar y cuidado de familiares sigue recayendo principalmente en mujeres. Así lo pone de manifiesto CASAS BAAMONDE al señalar que la corresponsabilidad de los hombres no ha tenido los efectos esperados. De hecho, lo que ha hecho es declara a la mujer como la ejerciente de los derechos de conciliación.<sup>839</sup>

Cada vez hay más convenios colectivos que relacionan la gestión trabajo-familia con la salud laboral. Indica como ejemplo el Convenio Colectivo del contact center, artículo 58D, que pone de relieve en la evaluación de los factores psicosociales la gestión de la organización trabajo-familia.<sup>840</sup>

---

<sup>838</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “*Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo*” op cit. Pág. 185

<sup>839</sup> CASAS BAAMONDE, M.E “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?” *Derecho de las Relaciones laborales* núm. 1 de 2017 pág. 15 y 16.

<sup>840</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 3/2007 de 15 de enero (BOE de 15 de febrero de 2007): “Las resoluciones judiciales no pueden quedarse, en casos como éste en el plano de la legalidad ordinaria, por el contrario, se deben ponderar todas las circunstancias concurrentes, concretamente la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora tiene el ejercicio

Sea como fuere el fenómeno de la mujer con responsabilidades familiares se ve sometida a una doble discriminación.<sup>841</sup> Esta carga de trabajo le puede generar estrés, tecnoestrés, ansiedad, insomnio con más posibilidad de que haya situaciones de que los riesgos psicosociales generados en el trabajo se agraven. Al ser una realidad que hombres y mujeres no asumen en condiciones de igualdad las responsabilidades familiares, la evaluación de los riesgos psicosociales es necesaria realizarla desde una perspectiva de género.

El derecho fundamental a a la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares es de aplicación directa y actuará como límite a la libertad de empresa. De lo contrario el riesgo psicosocial se manifiesta en la dificultad en mantener un equilibrio funcional entre el trabajo y las responsabilidades familiares. Se podrían visibilizar en deseos de abandono del trabajo, absentismo entre otros.<sup>842</sup>

La insatisfacción laboral y la sobrecarga si se traslada al ámbito familiar incrementa más el estrés, la ansiedad y en general los riesgos psicosociales. No sólo se quedaría en la esfera privada de la empresa, sino que hay otros factores como podrían ser los servicios públicos o los horarios educativos.<sup>843</sup> El TC ha señalado al respecto que en la resolución de los casos judiciales se deben ponderar todas las circunstancias concurrentes para no vulnerar la discriminación por razón de sexo. Así denegar una reducción de jornada sin valorar la compatibilidad de la persona trabajadora con el desarrollo de su trabajo. El no hacerlo implica no valorar la dimensión constitucional del artículo 14 de la CE. Es reprochable que no haya ni tenido en cuenta cómo este derecho podía quedar afectado. Además, que el art. 39CE realiza un mandato de protección a la familia y a la infancia.<sup>844</sup>

---

del derecho de reducción de jornada por motivos familiares”. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5970>

<sup>841</sup> RODRÍGUEZ ESCANSIANO, S. “El acceso de la mujer a puestos de liderazgo en la empresa. principales obstáculos” en AAVV *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas para garantizar la igualdad de trato en el empleo* RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (directora) Editorial Aranzadi SAU, Pamplona, 2020 pág. 57 y 58.

<sup>842</sup> RAMOS QUINTANA, M.I “Tiempo de trabajo y conciliación de vida personal, familiar y laboral. Riesgos psicosociales emergentes” en AAVV *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes* RAMOS QUINTANA M.I, GRAU PINEDA, M.C Bomarzo, Albacete, 2013 pág. 99.

<sup>843</sup> Idem pág. 110.

<sup>844</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 3/2007, de 15 de febrero de 2007 disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5970>

Es de suma importancia la comunicación de los partes de accidente trabajo<sup>845</sup>. Las MATEP se resisten a reconocer accidentes de trabajo o sólo lo hacen cuando hay una baja médica en base aún al carácter más reparador que preventivo. En la siniestralidad laboral dónde se observa diferencias en el sector profesional. En los sectores de fabricación de automóviles y remolques, fabricación de productos metálicos, de maquinaria y material eléctrico, sector de la construcción se observa una masculinización de la siniestralidad propia de que la representación de mujeres es mínima.

Dónde hay un incremento en los accidentes por parte de las mujeres es en los accidentes in itinere, derivado del riesgo que aún sigue recayendo en la mujer: la corresponsabilidad familiar.<sup>846</sup> El conflicto familia-trabajo no cabe duda de que es un riesgo que se debe prevenir, aunque sea difícil evaluar o medir. Se podría asemejar a las jornadas prolongadas por horas extraordinarias o pluriempleo que genera estrés y descenso del rendimiento. Además, se añade que en el caso de enfermedad no hay una verdadera recuperación, la mujer siempre sigue dedicada a las tareas del hogar y cuidados no descansa.<sup>847</sup> Esta sinergia de estrés producido por la doble jornada incrementa los riesgos laborales y a la inversa los comunes.

Es necesario destacar el estudio “Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE” se analizan las conclusiones de una encuesta a 42000 mujeres de los 28 países en 2014, se concluye que una de cada dos mujeres (el 55%) en la UE fue víctima de acoso sexual, y un 32% de éstas declaró que el autor pertenecía al ámbito laboral.<sup>848</sup>

Por acoso sexual según la LOIMH se entiende “*cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno*

---

<sup>845</sup> VALLEJO DA COSTA, R. *Salud Laboral. Igualdad y Mujer. Aspectos jurídicos. Op. Cit* pág. 39.

<sup>846</sup> Idem.

<sup>847</sup> Idem 144.

<sup>848</sup> MORENO SOLANA, A. “Acoso sexual, acoso por razón de género y acoso moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda” op. Cit pág. 176.



*intimidatorio, degradante u ofensivo*”<sup>849</sup> Se detecta que en la situación de acoso se debe dar que el conflicto se origine a raíz de la relación laboral, o en el tiempo y lugar de trabajo o en entorno laboral

En el art. 46 de la LOIMH se prescribe la obligación para las empresas de que en el diagnóstico del Plan de Igualdad se valore la situación de la empresa en relación con el acoso.<sup>850</sup> El RD 901/2020<sup>851</sup>, en el anexo 2.V “Hoja estadística del Plan de Igualdad” se establecen las medidas sobre las que el Plan de Igualdad debe manifestarse entre ellas el acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Es el artículo 48 de la LOIMH se subraya la obligación para las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y la realización de procedimientos específicos para su prevención. También para resolver los problemas.

### **3. EL DERECHO A LA SALUD Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES**

Las contingencias profesionales en su manifestación de enfermedad derivada del accidente de trabajo se estudia en base a lo dispuesto en los artículos 156 y 157 de la LGSS. Se analizará también la integración de los riesgos psicosociales como origen de enfermedades profesionales. En fin, también con la consideración de la irrupción de las nuevas tecnologías en el ámbito de las enfermedades profesionales, para finalizar con un enfoque desde la perspectiva de género.

---

<sup>849</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo) Art. 7

<sup>850</sup> MORENO SOLANA A.. Acoso sexual, acoso por razón de género y acoso moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda” op. Cit pág. 189

<sup>851</sup> RD 901/2020 de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. (BOE de 14 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12214>

### 3.1. Enfermedades derivadas del trabajo

La enfermedad profesional en su origen se tenía por accidente de trabajo. De esta forma la en la STS de 17 de junio de 1903 partió de que las enfermedades de trabajo no estaban expresamente relacionadas en la Ley de accidentes de trabajo de 1900. En la norma debería haber indicado: *“toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo, sea la causa un accidente o cualquier otra circunstancia laboral y sea consecuencia de él un daño súbito o lesión o una enfermedad.”*<sup>852</sup>

Se constató en la Ley de accidentes de trabajo de 1922 donde tampoco hay distinción entre enfermedad profesional y accidente de trabajo. Fue la Ley de Bases de enfermedades profesionales de 13 de julio de 1936<sup>853</sup> (no llegó a entrar en vigor) la que primero desgaja las enfermedades profesionales. Se listaron un total de 21 enfermedades. Con posterioridad se instituye el seguro obligatorio de silicosis (7 de marzo de 1941), enfermedad profesional característica del sector de la minería.<sup>854</sup>

Esto deriva a que en la regulación de las enfermedades derivadas del trabajo que da título a este epígrafe se tenga en cuenta el concepto amplio de accidentes de trabajo junto con la presunción iuris tantum aplicada también a los accidentes de trabajo. Ciertamente el Tribunal Supremo en sentencias como la de 11 de febrero de 2006<sup>855</sup> ha señalado que la presunción iuris tantum, es una presunción sobre el régimen de la prueba. Por otro lado las enfermedades que se asimilan a accidentes de trabajo según artículos 156. 2 e) y f) y g) de la Ley y finalmente las enfermedades profesionales reguladas en el artículo 157 de la LGSS.

---

<sup>852</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S.” Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017 pág. 40

<sup>853</sup> Esta Ley fue consecuencia de la ratificación por España del Convenio núm. 18 de la OIT de 1925, sobre indemnización por enfermedades profesionales (Instr. de ratificación 08-04-1932)

<sup>854</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. *“Las enfermedades profesionales ante el sistema español de seguridad social: una visión panorámica”* en AA. VV *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de seguridad social* Investigación realizada bajo el patrocinio de la Secretaria de Estado para la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que concedió a tal fin una subvención en el marco de la convocatoria efectuada por la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo. Investigador principal: CAVAS MARTÍNEZ, F. pág. 24.

<sup>855</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 14 de febrero de 2006. Recurso 2990/2004. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#>

### 3.1.1. Enfermedades profesionales

El concepto de enfermedad profesional Su nacimiento surgió para estructurar una protección especial para determinadas enfermedades del trabajo, la frecuencia de su acaecimiento lo hizo aconsejable. Son enfermedades de trabajo pero se producen con una alta frecuencia y además junto con una actividad productiva, de forma que ya se da por hecho la conexión el trabajo, presunción iuris et de iure. Se deben dar tres aspectos (agente, actividad y enfermedad diagnosticada. La enfermedad profesional es una especie de su género.<sup>856</sup>

El Decreto de 10 de enero de 1947, junto con su Reglamento de 19 de julio de 1949, regularon el seguro de enfermedad profesional, junto con el seguro especial de silicosis.<sup>857</sup> En 1961 se amplió el campo protector señalando materias y actividades en las que se considerase la existencia de riesgo de enfermedad profesional. Actualmente es el artículo 157 de la LGSS<sup>858</sup> el que regula el concepto de enfermedad profesional. Ya el artículo 156 de la LGSS, señala en su apartado 2b) Dónde se define en atención a dos valores así el trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe y provocado por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro en desarrollo del artículo se apruebe. A veces se indica que el sistema español es un sistema mixto.

Es el RD 1299/2006<sup>859</sup> el que regula el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la seguridad social. Para reducir la infradeclaración de las enfermedades profesionales se dictaron reglas para la declaración y notificación con un nuevo modelo

---

<sup>856</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S. “Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, SGONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017 pág. 40.

<sup>857</sup> Decreto de 10 de enero de 1947 por el que se crea el Seguro de enfermedades profesionales (BOE de 21 enero de 1947) El cuadro de enfermedades profesionales se establecía en el anexo del Decreto de 10 de enero de 1947. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1947-731>.

<sup>858</sup> RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre, por el que se apruebe el texto refundido LGSS. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724> “Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de la Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias, que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.”

<sup>859</sup> Real Decreto 1299/2006 de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la seguridad social y se establecen criterios para su notificación y registro. (BOE de 19 de diciembre de 2006) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-22169>

Derogó el RD 1995/1978 de 12 de mayo y el anexo del Decreto 3772/1972 de 23 de diciembre.

de parte de enfermedad profesional.<sup>860</sup> La codificación de enfermedades profesionales se clasifica en los siguientes grupos según su causa: el grupo 1 causas agentes químicos, grupo 2 causas agentes físicos, grupo 3 agentes biológicos, grupo 4 causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados, grupo 5 enfermedades de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en ninguno de los otros apartados y grupo 6 enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos.

Así pues en cada grupo viene establecido el agente o actividad susceptible de provocar la enfermedad y las principales actividades capaces de producirlas. Es el anexo 2 el que recoge una lista complementaria de enfermedades el origen de las cuales constituiría una sospecha y cuya inclusión se podría complementar en un futuro. Las enfermedades profesionales del anexo 2 deberían estar exentas la carga de la prueba que se exige en las enfermedades de trabajo.<sup>861</sup>

Dos puntos clave a reformular en el cuadro de enfermedades profesionales: la ausencia de los riesgos psicosociales y el enfoque en perspectiva de género exigido por el art. 4 de la LOIMH. Las listas quedan sobrepasadas por la realidad productiva y por todas las nuevas tecnologías y médicas. Así se ha aceptado que la enfermedad listada producida por un agente concreto pero no listada podría ser considerada enfermedad profesional. Se realiza por asimilación o analogía y por las cláusulas de cierre de esos listados dónde se indica otras actividades asimiladas.

Seis son los grupos de enfermedades previstas en el cuadro: enfermedades causadas por agentes químicos, por agentes físicos, biológicos, inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en los apartados anteriores, enfermedades de la piel causadas por agentes y sustancias no comprendidas en apartados anteriores y enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos. A modo de mención señalar que se ha editado ya la sexta edición de la “Guía de ayuda para la Valoración de las Enfermedades

---

<sup>860</sup> Orden TAS/1/2007/ de 2 de enero, por el que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional y se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-186>

<sup>861</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. “*Las enfermedades profesionales ante el sistema español de seguridad social: una visión panorámica*” op. Cit. Pág. 57.

Profesionales”<sup>862</sup>, dónde se introducen dos nuevas enfermedades en base: al RD 1150/2015 de 18 de diciembre<sup>863</sup>, se ampliaba el cuadro de enfermedades profesionales incluyendo el càncer de laringe ocasionado por el amianto y el RD 257/2018<sup>864</sup> introducía el càncer de pulmón por polvo de sílice libre.

Será enfermedad común si no se ha probado la condición de enfermedad profesional, según se señala en el artículo 158.2 de la LGSS. Hay una infradeclaración de las enfermedades profesionales, ya sea porque se califican como accidente de trabajo o como enfermedad común. El cuadro de enfermedades profesionales se debería actualizar en base a los avances en los procesos industriales, y el avance en la investigación que permite relacionar algunas enfermedades con el trabajo.<sup>865</sup>

Serían tres las notas definitorias de la enfermedad profesional.<sup>866</sup> En primer lugar que la enfermedad sea consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena. Se subraya que siempre ha de ser por consecuencia del trabajo realizado. En este sentido, la STSJ de Valencia de 14 de diciembre de 2004<sup>867</sup>, expresa literalmente: “*Este concepto es menos amplio que el de accidente de trabajo ya que la enfermedad profesional no se produce con ocasión del trabajo*”. La trabajadora padecía asma bronquial pero no queda probado que derivase del trabajo de pulimentadora

---

<sup>862</sup> Ministeriode Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: “Guía de Ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales” 6º Edición. Disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Conocenos/Publicaciones/28156/47075/3615> y <https://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2023/01/19/guia-ayuda-para-valoracion-enfermedades-profesionales> (Consulta el 27 de febrero de 2023)

<sup>863</sup> RD 1150/2015, de 18 de diciembre, por el que se modifica el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. (BOE de 19 de diciembre de 2015) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-13874>

<sup>864</sup> RD 257/2018, de 4 de mayo, por el que se modifica el RD 1299/2006 de 10 de noviembre por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-6046>

<sup>865</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S. “Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” op cit pág. 51 y 52.

<sup>866</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. “*Las enfermedades profesionales ante el sistema español de seguridad social: una visión panorámica*” op. Cit. Pág. 28.

<sup>867</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sentencia de 14 de diciembre de 2004. Resolución 3744/2004. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cc87ae89b0b4a3f2/20050303>

En segundo lugar la enfermedad se debe haber producido a consecuencia de las actividades que se recogen en el RD 1299/2006 y en las enfermedades también relacionadas en el mismo. Y en tercer lugar la enfermedad se debe haber producido por la acción de los elementos o sustancias referenciados en el mencionado real decreto. Como apunta CAVAS en este caso el margen de interpretación judicial es mucho más restringido debido a este sistema de “listas”. Así se señala en la STSJ del País Vasco de 27 de enero de 2004<sup>868</sup> en el que la trabajadora pretendía equiparar la profesión de limpiadora con la de “*mozos de restaurante, cajera, costureras, dactilógrafos, , mecanógrafas y lavanderas.*”

A pesar de esto sí que se ha dictado alguna sentencia en el que se aplica por analogía el cuadro de de enfermedades profesionales. En la Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de abril de 1998<sup>869</sup> la trabajadora ejercía de auxiliar de la industria textil. Utilizaba el algodón y la lana como materia prima. Estaba afectada de asma bronquial derivada de micropartículas en suspensión en el centro de trabajo. Se estima que el asma bronquial que afecta a la demandante es de carácter profesional. La base de la argumentación es que el apartado c) número 5 del RD 1995/78 12 de mayo (no en vigor actualmente) consideraba agentes enfermantes la exposición a productos de origen vegetal en actividades como las de manipulación de lana y algodón. Éste si se cita en la relación del número 5 c) visto.

Uno de los problemas que surge en el sistema de Lista<sup>870</sup> es el problema de quede desfasada. No va acorde las nuevas realidades laborales y la evolución en el sistema de riesgos productores de enfermedad o nuevas enfermedades profesionales. Una enfermedad de trabajo pasaría a ser enfermedad profesional por su frecuencia. Y además por su frecuencia asociada a una determinada actividad y a la exposición de agentes lesivos. Para esta inclusión favorece que sea un sistema de lista “abierto”. CAVAS se muestra a favor de un sistema mixto dónde se combine la lista abierta y

---

<sup>868</sup> Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sentencia de 27 de enero de 2004 Resolución 374/2004 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/74d7c1a3a6c4600b/20040403>

<sup>869</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sentencia de 21 de abril de 1998 3733/1998 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b9f9cfb26bfe5153/20050210>

<sup>870</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. “*Las enfermedades profesionales ante el sistema español de seguridad social: una visión panorámica*” op. Cit. Pág. 36.

también que se admita la posibilidad de calificar otras enfermedades cuando hay una relación causal con el trabajo.

Por lo que se refiere al carácter abierto o cerrado de la lista argumenta IGARTUA que la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que es un listado cerrado. No obstante algunos autores visibilizan algún elemento de flexibilidad que haría que pudiese considerarse abierta. Así entre ellos la posibilidad de que se amplíe la lista de enfermedades o el carácter no taxativo de la enumeración de las actividades donde se produce la enfermedad. Estas notas no son tan relevantes como para desvirtuar el carácter de lista cerrada.<sup>871</sup>

La lista excluiría las enfermedades multi o pluricausales. Siguiendo la STS de 27 de mayo de 1998<sup>872</sup> destaca que desde antiguo el *accidente de trabajo es definido como un daño sufrido por el cuerpo del accidentado por la acción o irrupción súbita y violenta de un agente exterior*. Destaca la sentencia que el concepto estricto se puede matizar y es dable considerar que para que exista accidente no es necesario que un cuerpo extraño cause directa y de modo adecuado la lesión corporal. *La situación debe ser elemento necesario para la lesión o daño, sería un hecho accidental*.

Para terminar poner de relieve que se muestra complicado fijar una relación causal directa entre trabajo y riesgo psicosocial como ya se ha mencionado ut supra y en esta línea la consecuencia desemboca en que el concepto clásico de enfermedad profesional, tradicionalmente vinculado a la existencia de una sintomatología patológica generada por un riesgo específico, se transforma en una universalización de la patología de carácter laboral. Se debe señalar que el empresario está obligado a practicar reconocimientos médicos previos a la admisión de trabajadoras y trabajadores en puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional como prescribe el art. 244 de la LGSS.

---

<sup>871</sup> IGARTÚA MIRO, M.T. “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamovilidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales” op. Cit pág. 4.

<sup>872</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia de 27 de mayo de 1998 Recurso 2460/1997 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f6016a83c22aa692/20040515>

### 3.1.2. Las enfermedades de trabajo

En el concepto de accidente de trabajo quedan incluidas las enfermedades de trabajo. El mismo concepto el que está incluido en el artículo 156 de la LGSS y en todas sus leyes precedentes.<sup>873</sup> En este sentido la ubicación de las enfermedades de trabajo en el artículo correspondiente a AT entraña dificultades para aplicar la presunción de laboralidad. Es muy difícil relacionar un lugar y tiempo limitado como el de trabajo con las lesiones permanentes y que se manifiestan en diferentes momentos.<sup>874</sup> La calificación de enfermedad como causa sólo se daría con el surgimiento o agravamiento de la enfermedad por razón de las circunstancias laborales.

La presunción del artículo 156.3 de la LGSS ha sido cuantitativamente la más importante para atribuir la consideración de accidente de trabajo a las enfermedades comunes con conexión con el trabajo especialmente a las enfermedades cardíacas, así lo confirma la doctrina judicial. Aplicando esta presunción ya no se plantearía si el trabajo fue la única causa, sino sólo si ha influenciado en algo. De esta forma en un infarto o hemorragia cerebral los factores laborales son probables, a diferencia de por ejemplo una descomposición intestinal en tiempo y lugar de trabajo. El TS<sup>875</sup> sí se ha pronunciado en el sentido de aplicar la presunción de laboralidad a las enfermedades de trabajo. Si se debería reflexionar sobre su clarificación en la LGSS.<sup>876</sup>

Junto con lo que acaba de indicarse el TS en sentencia de 27 de febrero de 2008<sup>877</sup> manifiesta que cuando la acción lesiva se produce por el proceso patológico mismo y se revela con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral no actúa ya de por sí la presunción de laboralidad. Se ha de demostrar la influencia del ejercicio laboral en la

---

<sup>873</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S. op`. Cit` Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia”. Op. Cit pág. 32.

<sup>874</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S. op`. Cit` Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” pág. 34.

<sup>875</sup> TS. Sentencia de 27 de diciembre de 1995. 7819/1995. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/168d3f82f14650a4/20060223> “No sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por antes patológicos internos o externos.”

<sup>876</sup> MARTINEZ BARROSO, MR. “Las enfermedades de trabajo”.

<sup>877</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 27 de febrero de 1908.Sentencia 1172/2008 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/85f029ad9f49d7ac/20080430>



aparición de la acción lesiva. Se acaba señalando que la manifestación epiléptica no se produjo con ocasión o por consecuencia del trabajo.

En similares términos la STS de 24 de mayo de 1990 *“el hecho de que una enfermedad de etiología común se releve con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral no dota a la misma sin más de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia.”*<sup>878</sup>

En el supuesto de la Sentencia de 27 de febrero de 2008 la epilepsia es una dolencia que por su propia naturaleza excluye el carácter de laboral. No se descarta que factores externos puedan desembocar en la aparición de una crisis lo que no se dio en el caso referenciado. El actor se encontraba recogiendo ramas cortadas para depositarlas en una carretilla, en el marco de la jardinería exterior. Solo el azar quiso que se produjese en el tiempo de trabajo. Lo que no se produjo por consecuencia del trabajo ni tampoco con ocasión.

Si seguimos lo que la OMS define sobre las enfermedades relacionadas como el trabajo: *“Procesos multifactoriales en los que la ocupación, el trabajo o las condiciones de trabajo pueden ser uno de los muchos factores etiológicos.”* Este concepto no integra la enfermedad profesional desde la perspectiva y definición clásica, pero sí las que juntamente actúan con otros factores ajenos a la actividad laboral.<sup>879</sup>

Las enfermedades de trabajo se refieren a aquellas que contraídas en razón del trabajo, no tienen la consideración de enfermedades profesionales según lo dispuesto en el artículo 157. Es una figura intermedia entre accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Estas enfermedades provocadas por el trabajo surgen como consecuencia del concepto amplio de accidente de trabajo.

Se debe diferenciar entre las enfermedades que son de carácter lento, que se incluirán como asimiladas a accidente de trabajo y no serán susceptibles de que se les aplique la

---

<sup>878</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 24 de mayo de 1990. 3938/1990 disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/87943e49f1982571/20051117>

<sup>879</sup> GARCÍA RUIZ P. Control de los procesos de IT asociados a los riesgos del trabajo y su interacción con el trabajo sin ser riesgos profesionales. Tratado de Salud Laboral, Aranzadi, 2012 pàg. 1107.

presunción del art. 156.3, Y el otro las que estamos viendo en este apartado las que no son en sentido estricto accidente de trabajo pero se le asemeja y sí se aplicará la presunción del art. 156.3.<sup>880</sup>

La Sentencia de 8 de marzo de 2016 subraya que la definición de accidente de trabajo está definida en términos amplios. Por lo que se refiere a la presunción indica que no sólo se refiere a los “*accidentes en sentido estricto, si no a las enfermedades o alteraciones que puedan surgir en el trabajo*” El hecho de que se requiera que se origine como causa exclusiva en el trabajo, ha llevado a exigir que la derivación del trabajo sea prevalente y decisivo aunque no exclusivo.<sup>881</sup>

En el caso que se juzga en la sentencia el trabajador con anterioridad a ser diagnosticado de infarto ya tuvo alguna manifestación de la dolencia. Fue durante el desempeño del trabajo que se manifiesta el episodio determinante del diagnóstico. Se hace difícil no relacionar las lesiones cardíacas con el trabajo.<sup>882</sup> Lo que se valora es la acción del trabajo como factor desencadenante de la crisis. La presunción de laboralidad no se destruye alegando que la enfermedad se padecía ya de antes. Es la crisis y no la dolencia previa la que se tiene en cuenta por la doctrina jurisprudencial del TS.<sup>883</sup>

Del hecho de que hay jurisprudencia que considera los episodios o crisis de enfermedades como accidentes de trabajo. Si se consideran estos episodios aisladamente son violentos, súbitos e imprevisibles como un accidente. Se seguirá la regulación jurídica de los accidentes de trabajo, por lo que debe suceder en el tiempo y lugar de trabajo. Esta consideración se podría dar sea la enfermedad que sea. Y además dependerá su consideración si esas manifestaciones súbitas e imprevisibles dónde se produzcan en el trabajo o fuera. Donde el Tribunal Supremo afirma que no habría

---

<sup>880</sup> MARTINEZ BARROSO, M.R: *Las enfermedades de trabajo* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002 Pág. 81.

<sup>881</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” op. cit 36.

<sup>882</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 20 de octubre de 2009 Resolución 6971/2009 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e85b8488176bf337/20091203>

<sup>883</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 27 de septiembre de 2007 STS 20 de octubre de 2009, 10 de diciembre de 2014.

posibilidad de considerar las enfermedades de trabajo como accidente es en el accidente in itinere.<sup>884</sup>

Para ilustrar lo expuesto en el anterior párrafo declarar lo que establece la Sentencia de 18 de diciembre de 2013. En el supuesto el trabajador inicia un proceso de incapacidad temporal con propuesta de incapacidad permanente derivada de enfermedad común por un infarto lateral. Se interpone demanda para que el episodio señalado sea considerado derivado de contingencias profesionales.

La sentencia recurrida señala que no hay relación nexos causal entre trabajo y lesión. La STS en su fundamento jurídico segundo considera el carácter profesional ya que según prescribe lo que se debe tener en cuenta es la acción del trabajo como factor desencadenante de la crisis. Argumenta que las lesiones cardíacas no son extrañas a las relaciones causales de carácter laboral. *“No se desvirtúa la posibilidad de que el infarto tenga su causa en el trabajo”*<sup>885</sup>

También merece su mención la STSJ de Castilla La Mancha de 13 de diciembre de 2021<sup>886</sup> dónde se calificó como accidente de trabajo la crisis de ansiedad que tuvo una trabajadora a causa de una situación de conflictividad en la empresa. Hay un nexo causal y directo entre lo sucedido en el trabajo y la baja médica. Además, queda acreditado que no hay ninguna patología existente. La Resolución insiste en este punto que para aplicar el artículo 156.2 e) como se realizaba en instancia debe existir una dolencia previa, hechos anteriores coetáneos o posteriores que puedan determinar la no aplicación del artículo 156.3.

La ciencia médica tiende a moverse en una disciplina multifactorial, la norma jurídica se centra más en parámetros industriales con la exigencia de probar la causalidad

---

<sup>884</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S. “Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia” pág. 37-39.

<sup>885</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 18 de diciembre de 2013. Resolución 6543/2013 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/464c0e191365898e/20140210>

<sup>886</sup> STSJ de Castilla la Mancha de 13 de diciembre de 2021 Resolución 1882/2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5a1b55c81bcb132f/20220121>

exclusiva, por este motivo se podría indicar también, causa eficiente o suficiente pero que no fuese necesariamente exclusiva.<sup>887</sup>

### **3.1.3. Las enfermedades asimiladas a accidente de trabajo**

se podría diferenciar entre una asimilación general art. 156 e) y otras dos particulares 156 f) y g).<sup>888</sup> Por lo que hace referencia a la primera 156 e) se considera asimilación general si “*se prueba “que tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”* (del trabajo). Es complicado porque la enfermedad es un proceso que se va manifestando a través del tiempo y influyen muchos factores no sólo laborales. En efecto la carga de la prueba recae en el trabajador afectado como manifiesta CAVAS.<sup>889</sup>

En este sentido se exige que sea el trabajo el único elemento causal, así se entiende en STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2020 dónde había una causa profesional insuficiente extracción de humos de carretillas y una causa personal “*fumar un paquete y medio diario de cigarrillos*” No se da la causalidad exclusiva exigida por la norma. Se deniega la pensión de viudedad a la esposa de un trabajador fallecido por un carcinoma. Existía inhalación y contacto con el amianto por su posición laboral pero su diario consumo de tabaco impide la calificación de laboral del suceso.<sup>890</sup>

La referencia al art. 156. 2 f) se refiere “*a las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente*”. La doctrina judicial así lo ha considerado en sentencias como la STJ de Navarra de 28 de junio de 1996 en la que a raíz de un accidente laboral se agrava el proceso degenerativo crónico-artrosis que padecía el trabajador.<sup>891</sup> El TS

---

<sup>887</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS J. “Las contingencias protegidas. Configuración general, contingencias profesionales y contingencias comunes” AAVV *Tratado de derecho de la Seguridad Social Tomo I MONEREO PÉREZ, JL, RODRIGUEZ INIESTA, G.* (Dirección)Ediciones Laborum S.L Murcia 2017 Pág. 495

<sup>888</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S.” Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” pág. 35.

<sup>889</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. “*Las enfermedades profesionales ante el sistema español de seguridad social: una visión panorámica*” op. Cit. Pág. 32.

<sup>890</sup> STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2020. 1892/2020 Disponible en Se interpuso recurso de casación para unificación de doctrina que fue desestimado el 28 de septiembre de 2021.

<sup>891</sup> TSJ de Navarra. Sentencia de 28 de junio de 1996. 345/1996. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5d83aaf3706ee3df/20050714>

en sentencia de casación por unificación de doctrina <sup>892</sup> considera que no hay doctrina que unificar ya que en la sentencia que se recurre hay carencia probatoria de que la enfermedad por la que fallece el trabajador derive de la exposición a un riesgo existiendo concausa el tabaquismo.

Así las cosas, en la sentencia de contraste se consideraba que la exposición a radiaciones ionizantes ya en sí mismas pueden derivar a un cáncer de pulmón, el tabaquismo sería un elemento adicional. Las radiaciones (constituyen el accidente) empeoran el estado del carcinoma inicialmente causado por el trabajo. No obstante el hecho de que una enfermedad de etiología común se revelé exteriormente con ocasión ejercicio del Trabajo no tiene porque ser ya accidente de trabajo, sino que debe demostrarse que la influencia efectiva del desarrollo del trabajo en la aparición de la patología. <sup>893</sup>

Art. 156. 2 g) *“Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación por enfermedades intercurrentes que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o que tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente por su curación”* Así la STSJ de Galicia de 17 de junio de 2021 en donde se argumenta que había una dolencia degenerativa que no estaba diagnosticada con anterioridad, se activó a causa del accidente de trabajo. El trabajador sufrió un accidente de trabajo. *Señala la sentencia que la artrosis degenerativa acromioclavicular no rompe la presunción de laboralidad de la lesión, ya que surge y se manifiesta con posterioridad al accidente. Se determina que hay una enfermedad intercurrente.* <sup>894</sup>

---

<sup>892</sup> TS. Sentencia de 13 de julio de 2021. 783/2001 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ae579a045ea62f8b/20210802> desestima el recurso de casación contra STSJ Cataluña 4899/2018 de 21 de septiembre de 2008.

<sup>893</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS J. “Las contingencias protegidas. Configuración general, contingencias profesionales y contingencias comunes” AAVV *Tratado de derecho de la Seguridad Social Tomo I MONEREO PÉREZ, JL, RODRIGUEZ INIESTA, G.* (Dirección)Ediciones Laborum S.L Murcia 2017 Pág. 495

<sup>894</sup> TSj de Galicia. Sentencia de 17 de junio de 2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/de4e41f13daf6fe5/20210819>

El hecho de que se requiera que se origine como causa exclusiva en el trabajo, ha llevado a exigir que la derivación del trabajo sea prevalente y decisivo aunque no exclusivo.<sup>895</sup> El sistema de lista cerrada tiene inconvenientes como la falta de actualización. De esta forma para evitar desfases entre la realidad y lo que está legislado el art. 2.1 del cuadro de enfermedades profesionales señala que “*las enfermedades no incluidas en el Anexo I que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión por el Ministerio de Sanidad y Consumo en el cuadro de enfermedades profesionales*”.<sup>896</sup>

### 3.2. Las enfermedades profesionales y los riesgos psicosociales

Sería menester una modificación del RD 1299/2006 dónde se incluyesen los riesgos psicosociales, principalmente el estrés. El debate actual se redirecciona para incluir los factores sociales o psíquicos que van ligados a la actividad laboral.<sup>897</sup> El anexo 1 del RD 1299/2006 hay un apego a los procesos industriales. No se refiere a otros procesos productivos de actividades en el ámbito de los servicios y de dolencias relacionadas con la carga de trabajo y organización.<sup>898</sup> Es preocupante que no se haga referencia a los riesgos psicosociales ni en el Anexo 1 ni en el anexo 2 y muy presentes en actividades como la sanidad o enseñanza.

El problema radica en la existencia de una legalidad explícita y clarificadora sobre las patologías psicosociales. Se podría considerar como enfermedad de trabajo en base a lo dispuesto en el art. 156. 2 e).<sup>899</sup> En relación a posibilitar la calificación futura de los riesgos psicosociales como enfermedad profesional se enfocaría en el sentido de que gran mayoría de dolencias físicas tienen su origen en riesgos psicosociales.

---

<sup>895</sup> GONZÁLEZ ORTEGA S.” Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” op. cit 36.

<sup>896</sup> POQUET CATALÁ, R. “COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?”. *Laborum Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia número 26 (2021): pág. 85.

<sup>897</sup> GÓMEZ-MILLAN HERENCIA, MJ. “Marco Normativo de las enfermedades profesionales” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017 pág. 56.

<sup>898</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. “*Las enfermedades profesionales ante el sistema español de seguridad social: una visión panorámica*” op. Cit. Pág. 60.

<sup>899</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS. C.” *Enfermedades profesionales atípicas y claves para el encuadramiento de los daños derivados de riesgos psicosociales en el sistema de protección social: estado de la cuestión*” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017 pág. 151.

La no inclusión de las patologías psicosociales en el cuadro de enfermedad profesional acentúa el énfasis en que sean considerados como “enfermedades de trabajo” o “enfermedades profesionales atípicas”.<sup>900</sup> Cabe destacar que su inclusión en el listado de enfermedades profesionales podría favorecer su estudio y prevención. Sea como fuere su inclusión y calificación como enfermedad se hace necesaria. De esta forma gozarían también del status de presunción “*iuris et de iure*”.

Se celebra cuando en sede judicial se aprecia el nexo causal entre relación laboral y daños psicológicos. Así la STSJ de Asturias de 9 de mayo de 2017<sup>901</sup> donde se falla que la situación de ansiedad padecida por la trabajadora deriva de la actividad laboral realizada. La baja laboral deriva del “*trastorno adaptativo mixto que presenta como reacción de adaptación a su situación laboral*”. La sentencia fundamenta su razonamiento jurídico en el artículo 115.2 e) del ya derogado RD Legislativo 1/1994.

Lo determinante es que la causa exclusiva de la enfermedad sea el trabajo, descubrir la causa de la crisis de ansiedad. Interesa cuando la sentencia se refiere a “*tan golpe es el que recibe en la empresa un trabajador con un objeto en su pierna como el que sufre en su ánimo por una expresión o trato de un compañero*”.

Las dolencias de origen mental son de difícil prueba.<sup>902</sup> Corresponde a la persona trabajadora probar que la causa es de origen laboral. Sería aconsejable que desde el momento de sufrir las primeras lesiones psíquicas se consultase a la persona facultativa de la MATEP para que se diagnosticase el origen común o profesional. El estrés como el acoso serían más que accidentes o enfermedades riesgos que hay que prevenir para que no se provoquen daños. Postula para que estas dolencias sean consideradas enfermedades profesionales.

---

<sup>900</sup> 151 GONZÁLEZ ORTEGA S.” Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017 pág. 34.

<sup>901</sup> TSJ de Asturias. Sentencia de 9 de mayo de 2017. Resolución 1485/2017 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4af593a7b7758296/20170619>

<sup>902</sup> 156, 157 SÁNCHEZ TRIGUEROS. C.” *Enfermedades profesionales atípicas y claves para el encuadramiento de los daños derivados de riesgos psicosociales en el sistema de protección social: estado de la cuestión*” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017 pág. 151.

Sorprende que trastornos como el burn out no tengan su reflejo en la lista de enfermedades profesionales cuando sí ha tenido su implicación en materia de prevención de riesgos laborales. Se asocia a profesiones como las sanitarias donde hay implicación emocionales y de “asistencia”. Tanto para la OMS como para la OIT el estrés es de los mayores problemas de salud existentes. Aunque no es fácil probar el origen laboral.<sup>903</sup>

Se puede poner de relieve la STS de 18 de enero de 2005<sup>904</sup>. En esta hay una calificación del estrés como accidente de trabajo. Se trataría de un supuesto de un ertzaina objeto de agresiones materiales y verbales. Lo esencial es que se considera que las amenazas acontecen por el ejercicio de su condición profesional. En otras palabras que la causa se halle en ejecución del trabajo se debe entender también la fidelidad a la profesión policial. El problema es la inexistencia de un concepto jurídico que abarque la noción de estrés laboral o el *burnout*<sup>905</sup>.

La prevención de riesgos antes que la rehabilitación o el abandono prematuro del trabajo por motivos de salud, lo que se complica cuando en la mayor parte de ocasiones su calificación es como contingencia común en lugar de contingencia profesional, de tal forma quedan invisibilizadas. Mejorarían los riesgos psicosociales su atención sanitaria si fuese considerada enfermedad profesional.<sup>906</sup>

### **3.3. Las enfermedades profesionales y el teletrabajo**

La evolución de la sociedad, de sus formas de organización, del desarrollo de las nuevas tecnologías, de los cambios consecuencia de la llamada Revolución 4.0<sup>907</sup>, tienen como lógica consecuencia un cambio de paradigma de modelo en las relaciones laborales, así

---

<sup>903</sup> IGARTÚA MIRO, M.T. “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamoviidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales” Editorial La Ley, *Actualidad Laboral* núm. 22 de 2007 pág. 5.

<sup>904</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 18 de enero de 2005 115/2005. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/592c56a30c910fc6/20050224>

<sup>905</sup> IGARTÚA MIRO, M.T. “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamoviidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales” Editorial La Ley, *Actualidad Laboral* núm. 22 de 2007 pág. 7.

<sup>906</sup> SANCHEZ PÉREZ, J. “Las patologías asociadas a los riesgos psicosociales y los dificultades para su adecuada atención sanitaria”. Op cit PÁG. 892.

<sup>907</sup> Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzuconi, C, “*Nuevas tecnologías y relaciones laborales: El Estado de la Cuestión*” *Revista de Derecho* número 11 de 2010 2002 pag. 259-287.



pues el derecho laboral se debe adaptar a las nuevos tiempos, a las nuevas realidades entre ellas las plataformas digitales<sup>908</sup>, o el teletrabajo<sup>909</sup>.

Los riesgos específicos a los que están sujetos los teletrabajadores en base a la lista tasada de enfermedades profesionales del RD 1299/2006<sup>910</sup> serían los siguientes: Se podría señalar el síndrome del túnel metacarpiano o la utilización continuada de pantallas de visualización. En este sentido por lo que se refiere al tunel carpiano es originado por movimientos repetidos y mantenidos de hipertensión e hiperflexión de la muñeca. El origen laboral se produce por movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión o hiperflexión de la muñeca o de aprehensión de la mano. De esta forma la actividad continuada con teclado o ratón supone la realización de dichos movimientos.<sup>911</sup>

Por el momento la lista tasada de enfermedades profesionales no ha incluido ningún riesgo específico relacionado con el teletrabajo, que además de riesgos físicos conlleva los provocados por el aislamiento y la necesidad de constante dedicación. Si los riesgos que implica el teletrabajo se considerasen, como debería ser, de origen laboral se debe utilizar el concepto amplio de accidente de trabajo. Esto es al teletrabajo se le podrían asociar riesgos psicosociales (tecnoestrés, fatiga informática, tecnoadicción...) u otros relacionados con la desconexión digital, la disponibilidad permanente, aislamiento, pérdida de relación interpersonal.<sup>912</sup>

Se hace difícil determinar el origen profesional o no de los riesgos asociados a nuevas tecnologías. El motivo es que los mismos instrumentos de trabajo se utilizan en la vida

---

<sup>908</sup> Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el RD Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales BOE de 29 de septiembre de 2021 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15767>

<sup>909</sup> Ley 10/2021 de 9 de julio de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472>

<sup>910</sup> Real Decreto 1299/2006 de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la seguridad social y se establecen criterios para su notificación y registro. (BOE de 19 de diciembre de 2006).

<sup>911</sup> CERVILLA GARZÓN, JM Y JOVER RAMÍREZ, C. “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales” *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* número 4 de 2015, pág. 26.

<sup>912</sup> SABADELL BOSCH, GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo.” *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, número 4 de 2015 pág. 39.

laboral y personal.<sup>913</sup> Se puede utilizar como punto de partida lo señalado en el RD 488/1997<sup>914</sup> dónde se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización:

*“Se define en el art. 2 el puesto de trabajo como el constituido por un equipo con pantalla de visualización provisto en su caso de un teclado, o dispositivo de adquisición de datos, de un programa para la interconexión persona/máquina, de accesorios ofimáticos y de un asiento y mesa o superficie de trabajo. Entendiendo por pantalla de visualización, una pantalla alfanumérica o gráfica, independientemente del método de representación visual utilizado e identificando al trabajador como cualquier trabajador que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización”*

Las definiciones que se dan se identifican en los casos del teletrabajo. La conexión con el grupo de enfermedades profesionales sería el Grupo 2, enfermedades causantes por agentes físicos.<sup>915</sup> El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo señala como principales riesgos para el usuario de pantalla de visualización: los problemas visuales, los problemas musculoesqueléticos y la fatiga mental<sup>916</sup>. En el Grupo 2 se engloban 13 agentes, de los cuales cinco (C, D, E, G y G) se relacionan con enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos de trabajo. Es interesante destacar el síndrome del túnel carpiano (agente F, subagente 02, actividad 01, código 2F0201) el cual sí podría ser aplicable a las personas que teletrabajan. Ya que se producen movimientos repetidos de muñeca y dedos, flexión y extensión de muñeca y apoyos prologandos sobre el talón de la mano.

Sería tarea del legislador actualizar y visualizar los riesgos y enfermedades que se pueden producir con los trabajos relacionados con las nuevas tecnologías como el

---

<sup>913</sup> Ibidem, pág. 40.

<sup>914</sup> Disposiciones mínimas de seguridad y salud relativa al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

<sup>915</sup> CERVILLA GARZÓN, JM Y JOVER RAMÍREZ, C. “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales” *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* número 4 de 2015, pág. 26.

<sup>916</sup> Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Instrucción básica para el trabajador usuario de pantallas de visualización de datos, [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Guias\\_Ev\\_Riesgos/Instruccion\\_Pantallas/Instruccion\\_basica.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/Guias_Ev_Riesgos/Instruccion_Pantallas/Instruccion_basica.pdf) (Acceso 3/9/2015).

teletrabajo. Las nuevas realidades laborales también demandan nuevas regulaciones legislativas. El confinamiento, el trabajo a distancia acelerado por la pandemia del COVID-19 ha provocado que las TIC's esten presentes tanto en nuestra vida personal como profesional. El tecnoestrés se postula como un riesgo laboral de gran importancia. Puede ser que se tanto en el trabajo presencial como a distancia. Los desencadenantes para que se manifieste el tecnoestrés pueden ser: alargamiento de la jornada de trabajo, trabajar en horas de descanso, sensación de estar la persona siempre conectada, problemas con el uso de las nuevas tecnologías o la sensación de aislamiento y soledad que se puede dar en el trabajo a distancia.<sup>917</sup>

Sea como fuere el tecnoestrés sería<sup>918</sup> el síndrome de recibir muchísima información vía las TIC's. Se producen una serie de conexiones neuronales y un estado de estrés o alarma con la consiguiente producción de cortisona y adrenalina. Además se debe añadir los trastornos cardiovasculares, enfermedades psíquicas y neurológicas. Como apunta MARTIN RODRIGUEZ<sup>919</sup> en base a los datos del Instituto Nacional de estadística (en adelante INE) 2019 el 30% de las bajas laborales se deben a estrés.

El tecnoestrés no se encuentra dentro del cuadro de enfermedades profesionales del RD 1299/2006 de 10 de noviembre. Es más sencilla la asimilación de los riesgos psicosociales a accidente de trabajo en base al art. 156.3 de la LGSS, que según asimilación artículo 156.2 e) de la LGSS. En este último caso es la persona trabajadora la que debe probar el origen exclusivo de la enfermedad laboral. Por lo que se hace conveniente la inclusión en el listado de enfermedades profesionales.<sup>920</sup>

---

<sup>917</sup> MARTIN RODRIGUEZ, O. “*El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*” Universidad del País Vasco Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales, número 44 de 2020 Pág. 168 y 169.

<sup>918</sup> MARTIN RODRIGUEZ, O. “*El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*” Universidad del País Vasco Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales, número 44 de 2020 pág. 171.

<sup>919</sup> MARTIN RODRIGUEZ, O. “*El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*”, op cit pág. 172.

<sup>920</sup> MARTIN RODRIGUEZ, O. “*El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador*” ... op. cit pág. 179.

La Recomendación 2003/670/CE de la Comisión<sup>921</sup> aconsejaba a los Estados Miembros promover “*la investigación de las enfermedades relacionadas con una actividad profesional, en particular para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo*” . Hasta el momento en nuestro ordenamiento jurídico se opta por encuadrar los riesgos psicosociales en el concepto general de accidente de trabajo. La inclusión dentro del cuadro de enfermedades profesionales favorecería la responsabilidad empresarial. Como opina parte de la doctrina científica sería aconsejable la actualización del catálogo de enfermedades profesionales dónde se incluyesen estos nuevos riesgos emergentes.<sup>922</sup>

Advierte SÁNCHEZ PEREZ que la reconducción de los riesgos psicosociales via art. 156.2 e) no facilita los reconocimientos médicos impuestos por el art. 244 LGSS, ni tampoco el ámbito reparador. Sería menester que se calificarán las enfermedades de trabajo como enfermedades profesionales. Se podría acudir al sistema mixto que propugna la OIT. Es decir un listado abierto que se permitiese calificar como enfermedades profesionales otras dolencias no listadas. En suma se podrían calificar aquellas enfermedades que se declarasen como profesionales en sede judicial.<sup>923</sup>

La UE propone el sistema de la doble lista. Así se constituiría por una lista básica más amplia que la actual y una lista complementaria a considerar por el legislador para su incorporación. El síndrome del trabajador quemado el diagnóstico implicaría su relación con el desarrollo de la actividad laboral. Desde un punto de vista jurídico es artificioso el reconducir las enfermedades que tienen su origen laboral al artículo dónde se regulan los accidentes de trabajo.<sup>924</sup>

---

<sup>921</sup> Recomendación de la Comisión de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales. Diario oficial de 25 de septiembre. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32003H0670>

<sup>922</sup> Ibidem, pág. 180.

<sup>923</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, J. *Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica* Ed. Comares, Granada, 2016 pág. 89.

<sup>924</sup> Idem

### 3.4. Las enfermedades profesionales y la perspectiva de género

Lo cierto es como señala PÉREZ CAMPOS<sup>925</sup> que el género tiene una notable importancia en los riesgos profesionales, es un condicionante estructural en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Los riesgos psicosociales afectan de una manera especial a las mujeres, en parte por la doble jornada laboral (laboral y familiar). En el mercado laboral se hace patente el reparto de tareas entre mujeres y hombres, en las fábricas y y obras trabajan mayormente hombres y las mujeres tienen más representación comercio, hostelería o banca. De esta forma 3 de cada 4 personas ocupadas a tiempo parcial son mujeres. La consecuencia es que deben realizar más desplazamientos durante la jornada con más posibilidad de siniestralidad laboral en los accidentes in itinere.

Las enfermedades profesionales reconocidas son muy pocas con todas los problemas de salud que se derivan del Trabajo no es de justicia este bajo reconocimiento<sup>926</sup>. Apuntan GARCÍA GÓMEZ y CASTAÑEDA LÓPEZ, R. que *“si conociésemos la realidad de las cifras de enfermedades derivadas del trabajo nos sorprendería comprobar que son mayores que las de los accidentes.”*<sup>927</sup>

Entre las enfermedades profesionales más comunes entre las mujeres se destacarían los trastornos musculoesqueléticos (en adelante TME). Estos también afectan a los hombres pero en menor medida. Esto se debe en parte a la biología de la mujer y a la edad. Lo cierto es que también dónde más se producen es en las profesiones más feminizadas, como la educación o asistencia sanitaria.

Así pues señala VALLEJO que en la Nota Técnica de Prevención 657 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (en adelante INSHT) se señala que en las profesiones tradicionalmente masculinizadas las herramientas se han elaborado “ a la

---

<sup>925</sup> PÉREZ CAMPOS A.I “Los riesgos profesionales desde una perspectiva de género y en atención a los cambios demográficos” en AA.VV “Accidentes de trabajo y enfermedades profesional. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria” AESS Editorial Laborum, Murcia, 2020 pág. 281.

<sup>926</sup> Ibidem. Pág. 284.

<sup>927</sup> GARCÍA GOMEZ, M., Y CASTAÑEDA LÓPEZ, R., "Enfermedades profesionales declaradas en hombres y mujeres en España en 2004", *Rede Esp. Salud Publica* vol.80 núm.4 Madrid jul./ago. 2006. .

medida” del género femenino. En las profesiones feminizadas son sectores con fuerte carga mental y emocional donde se somatiza en TME.<sup>928</sup>

Las actividades donde se concentran las mujeres es dónde se produce el mayor número de enfermedades profesionales. Son daños que aparecen de una forma más lenta y progresiva, como la salud psíquica. Lo que cuesta que tengan una cobertura en protección social. La invisibilidad de la siniestralidad en las mujeres podría ser provocada porque hay menos mortalidad que en los hombres. La seguridad industrial, la higiene en el trabajo y la medicina en el trabajo se han orientado hacia la prevención de ATEP de carácter masculino. Junto a la actividad de desempeñada en los riesgos en el trabajo de la mujer se añade la temporalidad y parcialidad de los contratos de trabajo.<sup>929</sup>

La necesidad de incluir los riesgos psicosociales como enfermedad profesional deriva en que repercuten negativamente principalmente en la salud de las trabajadoras. El acoso sexual, la violencia en el trabajo y la discriminación también son riesgos que sufren mayormente las mujeres.<sup>930</sup> Sería plausible tener información veraz de las características de los puestos de trabajo para identificar los riesgos a la salud evitando sesgos de género y por ende reducción de las enfermedades derivadas del trabajo.<sup>931</sup>

Siguiendo a VALLEJO se llama la atención sobre determinadas enfermedades que afectan a las mujeres en mayor medida. Se pone la alerta en determinados tipos de cáncer como el de mama o el de endometrio. Hay determinadas ocupaciones que el riesgo de contraer cáncer de mama se multiplica así enfermeras, profesoras, bibliotecarias, abogadas, periodistas, técnicas radiológicas y de laboratorio, trabajadoras de la industria las trabajadoras expuestas a disolventes químicos. Hay otros sectores como el de peluquería que merecerían una protección adicional. Por lo que urge investigar entre las causas ocupacionales y ambientales del cáncer de mama.<sup>932</sup>

Se debe poner también el foco de atención en las enfermedades crónicas que afectan principalmente al sector femenino sin contar con una declaración oficial de

---

<sup>928</sup> VALLEJO DA COSTA, R. *Salud laboral, Igualdad y Mujer. Aspectos jurídicos*. Op cit pág. 29.

<sup>929</sup> *Ibidem* pág. 293.

<sup>930</sup> *Ibidem* pág. 296.

<sup>931</sup> *Ibidem* pág. 302.

<sup>932</sup> VALLEJO DA COSTA, R. *Salud laboral, Igualdad y Mujer. Aspectos jurídicos*. Op cit pág. 25 y 26.

discapacidad como ocurre con la fibromialgia. Como pone de manifiesto RIVAS los síntomas que se derivan de la fibromialgia son la ansiedad, el dolor de cabeza, fatiga o dolor extenso. Es frecuente que quien la padece sufra estrés emocional relacionados con la “debilidad” femenina. Lo mismo señala RIVAS se podría aplicar al cáncer de mama<sup>933</sup>.

En efecto MOLINA NAVARRETE<sup>934</sup> declara que las fibromialgias y migrañas son más frecuentes en las mujeres que en los hombres. Estas enfermedades son muy incapacitantes, donde al dolor físico se añade la incompreensión y desprotección social. Tiene su resonancia también en el ámbito jurídico no obstante lo indicado en el art. 27 de la LO3/2007<sup>935</sup> y en el anexo del RD 901/2020<sup>936</sup>. Sería menester desarrollar con más detenimiento el artículo 25 de la LPRL y adaptar los puestos de trabajo a las personas.<sup>937</sup>

Las mujeres están expuestas a riesgos de movimientos repetitivos y con mayor incidencia en los riesgos psicosociales. Los trastornos musculoesqueléticos no son en ocasiones reconocidos por la sospecha que se pudieran derivar de la realización de las tareas del hogar, que aún actualmente lamentablemente asumen principalmente las mujeres. Sea como fuere el reconocimiento de las enfermedades profesionales se ha centrado principalmente en sectores con más presencia masculina. Además que las interrupciones en la vida laboral pueden provocar que los efectos se manifiesten en períodos de actividad no productiva (así sea por cuidado de hijos, familiares...).<sup>938</sup>

---

<sup>933</sup> RIVAS VALLEJO, P. “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple” *Bomazro Revista de derecho social* número 54 de 2011 pág. 96.

<sup>934</sup> MOLINA NAVARRETE C. “La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021 de 8 de octubre” *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social* número 466 (enero-febrero 2022), pág. 233.

<sup>935</sup> LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE del 23 de marzo). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

<sup>936</sup> RD 901/2020 de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro (BOE 14 de octubre de 2020) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-12214>

<sup>937</sup> *Ibidem* Pág. 247.

<sup>938</sup> SEVILLA GARCIA, E., “Perspectiva sanitaria de género” en AAVV *Tratado de Salud Laboral Tomo II*. RIVAS VALLEJO, M.P y MONEREO PÉREZ, JL (directores) Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012 Pág. 1408-1409.

Se debe destacar en este apartado la STS de 20 de septiembre de 2022<sup>939</sup> en la que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo reconoce que la IT de una persona trabajadora, en concreto limpiadora, tenía su origen en concreto de una enfermedad profesional. Lo relevante es que no aparece en la enumeración de actividades que pueden generar enfermedad profesional listadas en el RD 1299/2006 de 10 de noviembre. Sentencia de la que fue ponente la Magistrada Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, en su última sentencia dictada con anterioridad a su jubilación. La trabajadora se había lesionado con la rotura del manguito rotador del hombro Izquierdo.

Se destaca como importante en la sentencia la aplicación de la perspectiva de género para que se pudiese aplicar el carácter de enfermedad profesional a la lesión en base a la LO 3/2007. Lo más notorio es que la Sala señala que la profesión de limpiadora es una profesión feminizada y no aparece en el RD 1299/2006, no obstante las fuertes exigencias físicas que se requieren y los movimientos repetitivos. Sin duda es un avance significativo y un gran paso hacia la igualdad.

La demandante prestaba sus Servicios con la categoría profesional de limpiadora, en diciembre de 2017 inició un proceso de IT derivado de enfermedad común diagnóstico “*dolor hombro Izquierdo*” Ya la Dirección Provincial del INSS previó dictamen del EVI de 26 de abril de 2018 se resolvió en el sentido de que la dolencia era derivada de enfermedad común, en base al cuadro clínico: “*Rotura de manguito rotador de hombro Izquierdo*”. El Juzgado de lo Social número 2 de Gijón desestimó la demanda formulada por la demandante frente al INSS, TGSS y de la MCSS.

El TSJ en la sentencia recurrida había rechazado la declaración de enfermedad profesional. El motivo era que aunque las dolencias sí estaban listadas en el RD 1299/2006 no había constancia que la actividad de limpiadora incluyera los movimientos que sí se señalan en el Real Decreto citado: “*trabajar con los brazos por encima de la horizontal en movimientos de abducción o flexión o tensando los tendones y bolsa subacromial*”. La Sentencia concluía que la previsión reglamentaria no incluía la presunción legal de la existencia de enfermedad profesional.

---

<sup>939</sup> STS, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2022 (Rec. 3378/2022). Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/48d0e639d7ae191ca0a8778d75e36f0d/20220930>



El TS indica en su fundamento jurídico que ya se había pronunciado en anteriores sentencias en similares términos, así la STS de 5 de noviembre de 2014<sup>940</sup>, dónde se resolvió que se derivaba de enfermedad profesional la IT de una limpiadora que padecía síndrome del túnel carpiano. La profesión no queda recogida en las actividades que pueden derivar en enfermedad profesional. Otro ejemplo es la STS de 18 de mayo de 2015<sup>941</sup> dónde se consideró como enfermedad profesional la IP reconocida a una peluquera que presentaba síndrome subacromial derecho. Esto le provocaba limitación para las tareas que requiriesen integridad de articulación del hombro derecho. En este caso la profesión de peluquera tampoco está listada en el RD 1299/2006.

El TS aplicando la perspectiva de género manifiesta que la no inclusión de la actividad desarrollada por las limpiadoras en el listado de enfermedades profesionales es una discriminación indirecta ya que les impide beneficiarse de la presunción legal que toda enfermedad profesional sí disfruta. La profesión de limpiadora es una profesión altamente feminizada contrasta con que el cuadro de enfermedades profesionales del apartado 2 letra d) del RD 1299/2006 sí se encuentran las profesiones masculinizadas, otras que la presencia de ambos sexos es equilibrada como podrían ser las y los carniceros, no obstante las profesiones feminizadas como sector sanitario, administrativas no se encuentran. Son esfuerzos todos ellos que tienen su encaje en la descripción de la norma reglamentaria.<sup>942</sup>

Concluye el TS anulando la sentencia recurrida y declarando la existencia de enfermedad profesional. Por lo que es sumamente necesario para no dejar desprotegidas a las mujeres actualizar en aras a la perspectiva de género el RD 1299/2006. Así como señalaba el caso en lo que se referiría a enfermedades profesionales causadas por agentes físicos descritos en el Anexo I, grupo 2 del RD 1299/2006. Si se atienden a factores médico-sanitarios, técnicos, ergonómicos se puede acreditar que determinadas

---

<sup>940</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 5 de noviembre de 2014 Recurso 1515/2013. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/172f7538e156c8c1/20150107>

<sup>941</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 18 de mayo de 2015. Recurso 1643/2014. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a077080761dc26e1/20150713>

<sup>942</sup> DE LA PUEBLA PINILLA A “Perspectiva de género en la interpretación judicial: un paso adelante en el reconocimiento de enfermedades profesionales en actividades feminizadas” en El Foro de Labos Disponible en <https://www.elforodelabos.es/2022/10/perspectiva-de-genero-en-la-interpretacion-judicial-un-paso-adelante-en-el-reconocimiento-de-enfermedades-profesionales-en-actividades-feminizadas/>

actividades actualment que no se incluyen actualment sí incluyen los movimientos que generan las dolencias.

Como augura DE LA PUEBLA PINILLA, seguro que a partir de esta sentencia habrá más pronunciamientos judiciales que incorporen la perspectiva de género a favor de la igualdad y no discriminación por razón de sexo. En efecto el artículo 4 de la LOI<sup>943</sup> establece que la igualdad de trato y de oportunidades entre Hombres y Mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico, y se integrará y aplicará en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, representa un artículo para garantizar la igualdad efectiva y real.

En suma, poco tiempo antes de dictarse la sentencia se publicó la Ley 15/2022, de 12 de julio<sup>944</sup> es un valor añadido para poder juzgar en perspectiva de género. La perspectiva de género, la supresión de estereotipos, y la ausencia de cualquier forma de discriminación han de presidir la actuación de los poderes públicos y la administración de justicia.

En conclusión y compartiendo argumentación con LOUSADA el contenido del cuadro reglamentario del RD 1299/2006 y la aplicación práctica tiene claros sesgos de género que se deberían remediar si se pretende conseguir la igualdad y no discriminación. Estos sesgos de género provocan que la infraestimación general de enfermedades profesionales en mayor medida a las mujeres que a los hombres.<sup>945</sup>

El motivo de la infraestimación tiene su origen en la discriminación sistemática por razón de género por la infraestimación en medicina y prevención de riesgos laborales. El cuadro de enfermedades profesionales es un reflejo de la industria con nombre de hombre y en cambio el sector servicios se encuentra regulado de forma androcéntrica. El empleo femenino se ha caracterizado por la precariedad esto origina que tengan una menor fuerza reivindicativa.

---

<sup>943</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo de 2007)

<sup>944</sup> Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. (BOE de 13 de julio de 2022) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

<sup>945</sup> LOUSADA AROCHENA. J.F. *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*. Edit. Bomarzo, Albacete 2021. Pág. 81

La revisión del cuadro reglamentario eliminando sesgos de género se atisba urgente, y particularmente incidiendo en los riesgos físicos y psicosociales femeninos y en las profesiones y tareas feminizadas. Por añadidura se podrían mejorar los sistemas de registro y notificación de enfermedades profesionales para incluir indicadores de género y paralelamente formación en igualdad de género tanto al personal sanitario y servicios de prevención.<sup>946</sup>

#### **4. LA PROTECCIÓN A LA SALUD, CONTINGENCIAS PROFESIONALES Y COVID 19**

La crisis sanitaria provocada por la pandemia mundial por el virus SARS- CoV-2 ha superado las figuras jurídicas de la normativa de derecho laboral y trabajo para abordar las diferentes situaciones de hecho que se iban produciendo.<sup>947</sup> En este apartado se estudia qué calificación jurídica se le ha dado a la enfermedad COVID-19 por el ordenamiento jurídico español.

Como precedente en el 2009, la Gripe A H1 y N1 provocó que las y los trabajadores se debieran aislar preventivamente hasta realizar diagnóstico. No estaban afectados por una enfermedad o accidente pero debían estar vigilados. En virtud de esta medida se optó porque la misma fuese considerada a efectos de prestaciones de seguridad social: IT derivada de enfermedad común.<sup>948</sup> Es de destacar que en dicha resolución ya se ponía de manifiesto la laguna que existe en el ordenamiento jurídico ante estos supuestos y resolvía hasta que se realizasen las adaptaciones normativas correspondientes.

---

<sup>946</sup> Ibidem Pág. 83

<sup>947</sup> POQUET CATALÁ, R. "COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?". *Laborum Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia número 26 (2021): pág. 73.

<sup>948</sup> Resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre consideración de IT derivada de EC de los períodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1 N1 (BOE núm. 113, de 9 de mayo). Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-7695](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-7695)

#### 4.1. COVID 19. Situación asimilada a accidente de trabajo.

Como ya se comentó en el primer capítulo de este trabajo de investigación el día 11 de marzo de 2020 la OMS, declaró la pandemia por el virus SARS-CoV-2. Este virus es el que da origen a la enfermedad COVID19. A partir de aquí a la misma velocidad de transmisión del virus se aceleró la producción legislativa para intentar reaccionar a las consecuencias económicas, laborales y de salud.

Con anterioridad a esta fecha el RD ley 6/2020<sup>949</sup> de 10 de marzo ya había declarado excepcionalmente como situación asimilada a accidente de trabajo el período de aislamiento o contagio a efectos del subsidio económico de IT<sup>950</sup>. La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOSS) por el contrario había adoptado el criterio de que las personas trabajadoras aisladas preventivamente por el COVID19 se considerarían en situación de incapacidad temporal derivado de enfermedad común.

La DGOSS sólo excepcionaba calificando como accidente de trabajo si la enfermedad se hubiese contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo.<sup>951</sup> La COVID 19 ha alterado la tradicional delimitación de las contingencias comunes o profesionales en el ámbito de la Seguridad social.<sup>952</sup> La acelerada y urgente producción normativa es entendible pero no justificable<sup>953</sup>.

Si en los procesos de IT por contingencias comunes se extiende el régimen jurídico previsto para IT contingencias profesionales tiene sus consecuencias: requisitos exigidos a las personas beneficiarias, cuantía del subsidio de IT o su dinámica. De esta forma gracias a la asimilación que se produjo en el RDL 6/2020 no se requería ningún período previo de cotización y la prestación sería del 75% de la base reguladora

---

<sup>949</sup> Real Decreto Ley 6/2020 de 10 de marzo Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública. (BOE 11 de marzo) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3434>

<sup>950</sup> En relación con el “subsidio de IT que se garantiza al mutualismo administrativo se reconoce la asimilación en el RD Ley 7/2020 de 12 de marzo.

<sup>951</sup> Criterio 2/2020 y Criterio 3/2020 de la DGOSS. El criterio 8/2020 dejó sin efectos los criterios 2 y 3 Disponible en <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/c2b9e9b5-fb25-4fe9-a58a-c6d5db0b0c25/CRITERIO+DE+GESTI%C3%93N+8-2020.pdf?MOD=AJPERES>

<sup>952</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “Asimilación a accidente de trabajo COVID-19 y mejoras voluntarias de la prestación económica por incapacidad temporal: breve apunte” Revista Aranzadi doctrinal n 3 de marzo de 2021.

<sup>953</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “COVID-19: Consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios” Aranzadi Thomson Reuter *Revista aranzadi doctrinal* núm. 9 de octubre de 2020 pág. 73.

(incluyendo en dicha base el promedio de lo percibido en horas extraordinarias en los últimos 12 meses). La duración se determina por el parte de alta y baja por aislamiento .

La excepcionalidad de esta asimilación se justifica con la finalidad de evitar la propagación de la enfermedad, mantener la protección social de las personas trabajadoras tanto durante el aislamiento como durante el contagio y por la dificultad de la empresa de asumir hasta el día quince de prestación como ocurre en IT contingencias comunes. La tutela social lo que derivaba en una prestación económica que sustituyese al salario, se elige por su “cercanía o similitud” la IT.<sup>954</sup>

En un primer momento la función que desempeñó el subsidio económico de IT fue preventivo y reparador.<sup>955</sup> Es decir la incapacidad temporal se identifica también con el riesgo de no contagiarse. Se aprecia la separación entre asistencia sanitaria y prestación económica, la primera seguiría el régimen IT derivada de contingencias comunes y la prestación económica seguiría la asimilación como IT derivada de contingencias profesionales.

Por su parte, si el contagio se produce por causa única y exclusiva en el trabajo se calificará como accidente de trabajo, según la nueva redacción que el RD ley 13/2020<sup>956</sup> da al art. 5 del RDL 6/2020. Importante modificación a efectos de responsabilidades<sup>957</sup>, para aquellas empresas que no hubiesen adoptado las medidas de seguridad y salud laboral y un trabajador fuese declarado con COVID-19 se les podría sancionar y además exigir el recargo establecido en el art. 164 de la LGSS. También señalar que aunque se tratase de un accidente de trabajo por tener su causa en el trabajo no son las MATEP las que asumen la asistencia sanitaria para facilitar el control público de la pandemia

---

<sup>954</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La naturaleza común o profesional, de las contingencias provocadas por la COVID-19” Editorial Wolter Kluwer *Trabajo y Derecho* núm. 79 de 2021 pág. 3.

<sup>955</sup> Idem

<sup>956</sup> RD ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. (BOE de 8 de abril) disposición final primera. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4332>

<sup>957</sup> POQUET CATALÁ, R. "COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?“, op. cit pág. 75.

Siguiendo la desnaturalización del subsidio de IT en reforma del art. 5 del RD Ley 6/2020 por la DF primera del RDL 13/2020<sup>958</sup> se incluye como beneficiarias a las que no puedan ir a trabajar por encontrarse el municipio en confinamiento absoluto La IT fue utilizada como mero instrumento. Es un supuesto claramente excepcional y extraño ya que se aleja de lo que sería propiamente el contagio.<sup>959</sup> Se protege mediante el subsidio de IT el supuesto de hecho de falta de movilidad por razones de salud pública.

No obstante, la calificación de enfermedad profesional hubiese facilitado los períodos de observación, aunque considera que es difícil encajarla en el sistema de listas actual. Hubiese podido ser útil para los profesionales sanitarios pero más difícil para todo el resto de actividades productivas. En un situación de “urgencia” como fue la pandemia el legislador optó por la simplificación y la protección a todas y todos los trabajadores.

Se debe hacer mención eque en el caso de la IT por COVID- 19 cede la protección de datos de la persona trabajadora. Es un deber de responsabilidad comunicar el estado de salud o las sospechas para adoptar las medidas necesarias y hacer seguimiento. Los derechos fundamentales de la persona se ven subordinados al derecho de la salud pública. En todo caso la empresa aunque no se lo comunicase la persona trabajadora lo podría constatar porque el INSS modificaría el riesgo de enfermedad común a derivada de AT.<sup>960</sup>

#### **4.2. COVID 19. Accidente de trabajo.**

El RDley 19/2020<sup>961</sup> prescribe para el personal sanitario que cuando prestase servicios en centros sanitarios o sociosanitarios y contraiga el virus SARS-COV-2 ejerciendo su

---

<sup>958</sup> RD ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario. (BOE de 8 de abril) disposición final primera. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4332>

<sup>959</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “La incapacidad temporal como primera medida laboral y de protección social ante el COVID-19”, *Trabajo, Derecho, Persona y Mercado* [blog]. Disponible en <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/09/incapacidad-temporal-y-covid-19-tras-el-rdl-13-2020/>

<sup>960</sup> MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “La incapacidad temporal como primera medida laboral y de protección social ante el COVID-19”, *Trabajo, Derecho, Persona y Mercado* [blog]. Disponible en <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/09/incapacidad-temporal-y-covid-19-tras-el-rdl-13-2020/>

<sup>961</sup> RD Ley 19/2020 de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID 19. (BOE de 27 de mayo de 2020) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5315> art. 9

profesión se considera derivado de accidente de trabajo. Esta previsión se completó con la disposición transitoria tercera del RD Ley 19/2020 por lo que se refiere a la asistencia sanitaria. Así el artículo 9 indica: .

*“las prestaciones de seguridad de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión hayan contraído el virus SARS-COV-2 durante cualquiera de las fases de la pandemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se consideraran derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156. 2 e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.”*

Y además se dice que en el caso de fallecimiento en el plazo de cinco años siguientes al del contagio de la enfermedad, se estima como causa de la muerte que es accidente de trabajo (AT). No se requeriría la prueba que el artículo 217.2 de la LGSS exige, salvo que la muerte afectase a quien tuviera reconocida por causas profesionales una IP absoluta o gran invalidez.

RD Ley 28/2020<sup>962</sup> (derogada por la Ley 10/2021) matizó la delimitación temporal de esta consideración “ desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a las crisis sanitarias”. Este alcance temporal ya se había tenido en cuenta en el RD Ley 27/2020<sup>963</sup>, al ser derogada fue sustituida por la disposición adicional cuarta del RD Ley 28/2020. Así pues la SJS de Córdoba de 30 de diciembre de 2020<sup>964</sup> determinó el contagio de COVID-19 por un sanitario a pesar de la

---

<sup>962</sup> RD Ley 28/2020 de 22 de septiembre (BOE de 23 de septiembre). Disposición final cuarta. Derogado por la Ley 10/2021 de 9 de julio disposición adicional cuarta. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-11043&p=20210710&tn=1>

<sup>963</sup> RD Ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales. (BOE de 5 de agosto). Se deroga por Resolución de 10 de septiembre de 2020.

<sup>964</sup> Juzgado de lo Social de Córdoba de 30 de diciembre de 2020 Resolución 5300/2020 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9dfab9e0da843eae/20210310>

falta de pruebas de la exposición laboral al riesgo se consideraba derivado de accidente de trabajo. De esta forma estima la demanda sobre determinación de contingencia en materia de seguridad social, revoca y deja sin efecto la Resolución sobre determinación de contingencia de 11 de diciembre de 2020.

En dicha Resolución se declaraba que no correspondía la determinación como contingencia profesional al haberse producido el contagio antes de la entrada en vigor de del estado de alarma. La norma exige que se debe acreditar este riesgo durante el trabajo por los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales y salud laboral. Este requisito en el caso no ocurre. Señala la resolución que hay que centrar los hechos en el contexto en el que ocurrieron, primera quincena de marzo, cuando el desconocimiento sobre el virus eran aún incipiente, por ejemplo se dudaba que se pudiera transmitir por vía aérea.

Lo anterior se traduce en que un sanitario podía tratar un paciente y estar contagiado sin ser consciente de ello, provocando un riesgo. No obstante en esos momento el riesgo más evidente fue la falta de equipos de protección y seguridad. Sea como fuere con estas circunstancias el simple desarrollo del trabajo ya era un riesgo suficiente de contagio.

A partir de la declaración legal del art. 9 del RD Ley 19/2020 que supone la confirmación legal de que se puede contraer la enfermedad COVID-19 como consecuencia directa del trabajo.<sup>965</sup> Esto permitirá trasladar la consideración de accidente de trabajo a otros colectivos distintos del personal que presta sus servicios en centros sanitarios o socio sanitarios. Además el reconocimiento como accidente de trabajo da pie para incrementar el alcance de la acción protectora.

En este sentido es pionera la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Jérez de la Frontera. Esta resolución reconoce por primera vez en España la muerte por coronavirus como accidente de Trabajo. El fallecido fue un trabajador de la limpieza del Hospital de Jerez. Se considera probado que la muerte se ocasionó en el trabajo y que se la puede encuadrar como accidente de Trabajo (presunción de laboralidad del artículo 115 de la

---

<sup>965</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “COVID-19: Consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios” op cit pág. 79.



LGSS). Consta acreditado que ningún familiar del entorno del trabajador había sufrido infección por coronavirus en esos días. El fallecido causa baja por IT en fecha 18 de marzo de 2020, una semana antes había limpiado las consultas externas al Hospital dónde se declaró a los pocos días un broto por coronavirus.<sup>966</sup>

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de la norma (art. 9 del RD Ley 19/2020) “*personal que presta servicios en centros sanitarios o socio sanitarios*” no viene referida exclusivamente a personal que tengan un contacto directo con personas enfermas por COVID-19, sino que se extendería a todos los colectivos integrados en el sector como por ejemplo limpieza. Claro está debe haber una exposición al riesgo aunque puede ser predicable de las profesiones que por proximidad también se ven afectadas.

Apunta BARRIOS que hubiese sido más adecuado un ámbito subjetivo de aplicación que hubiese abarcado las profesiones contempladas en el Grupo 3 del Anexo I del RD 1299/2006: “*personal sanitario, personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas, personal de laboratorio, personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorio como en instituciones cerradas o a domicilio, trabajadores de laboratorios de investigación o análisis clínicos, trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados, odontólogos, personal de auxilio, trabajadores de centros penitenciarios o personal de orden público*” El ámbito restringido de la norma es una de sus principales carencias.<sup>967</sup>

### **4.3. COVID 19. Enfermedad profesional**

El RD Ley 3/2021<sup>968</sup> da un paso más en la mejora de las prestaciones sanitarias a los sanitarios señalando que las prestaciones que pudieran devengar serán las mismas que el sistema de seguridad social otorga a quienes hubieran contraído una enfermedad

---

<sup>966</sup> Juzgado de lo Social número 3 Jerez de la Frontera de 13 de mayo de 2022 Resolución 232/2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c56ee3f227c6c9f2a0a8778d75e36f0d/20220621>

<sup>967</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “COVID-19: Consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios” op cit pág. 81.

<sup>968</sup> De 2 de febrero por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la seguridad social y económico. BOE 3 de febrero de 2021.

profesional. Se argumenta en su exposición de motivos que se trata de dar respuesta a las reclamaciones efectuadas por corporaciones y asociaciones de de profesionales sanitarios y socio-sanitarios. Este reconocimiento supone una mayor seguridad jurídica al establecerse una presunción iuris et de iure de que sea considerada enfermedad profesional y a nivel burocrático también supone la ventaja de ser mucho más amplia y ágil su tramitación.

Es el art. 6 el que regula esta asimilación. para las y los profesionales de centros sanitarios y sociosanitarios que durante la prestación de servicios sanitarios o socio sanitarios hayan contraído el virus SARS-COV-2- en el ejercicio de su profesión:

*“El personal que preste servicios en centros sanitarios y sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes que en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio sanitarios haya contraído el virus SARS-CoV-2, dentro del período comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, tendrá las mismas prestaciones que el sistema de seguridad social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional.”*

La disposición adicional tercera del RD ley 3/2021 realiza la extensión de lo establecido respecto del personal sanitario de la inspección médica de los servicios públicos de salud y del INSS y del personal sanitario de sanidad marítima que preste servicios en el ISM. El ámbito subjetivo es limitado. Por lo que respecta al ámbito material no se incluirían los supuestos vistos de “restricciones de movilidad”.<sup>969</sup>

La aportación del art. 9 del RD Ley 19/2020 fue que los contagios al personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios debían configurarse como una AT en sentido propio “*se entendían cumplidos los requisitos exigidos en el art. 156.2 c*”. El punto neurálgico era probar que el contagio había tenido lugar durante la prestación de servicios.

---

<sup>969</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La naturaleza, común o profesional, de las contingencias provocadas por la COVID-19” Editorial Wolter Kluwer *Trabajo y Derecho* núm. 79 de 2021. Pág 15.

En este caso un informe del servicio de prevención de riesgos laborales de que había existido exposición a dicho riesgo de contagio, que se trata de una contingencia provocada por una enfermedad del trabajo, calificable como AT. Se facilitaba la prueba que se exige en el art. 156.2 c), se daba por existente esa relación directa entre trabajo y enfermedad.

La aportación del RD Ley 3/2021 fue tratar el contagio por COVID-19 como si se tratara de una EP sin modificar el RD 1299/2006, a partir del servicio de prevención que certifica la exposición al riesgo. Se pasa de ser considerada enfermedad de trabajo a ser una enfermedad que generará las mismas prestaciones que una enfermedad profesional. Se deja abierto el debate si es efectivamente una enfermedad profesional.<sup>970</sup>

La ambigüedad de la COVID- 19, al ser una figura intermedia entre el AT y la EP. No figura en el RD Ley 3/2021 lo que sí estaba en el art. 9 del RD Ley 19/2020 de si en el caso de fallecimiento se considerará que su causa ha sido la EP aplicando lo previsto en el art. 217.2 de la LGSS. Si el fallecimiento ocurre después de una situación de IT no hay constancia ahora de esa conexión entre muerte y accidente de trabajo, se debe probar (art. 217.2 de la LGSS)<sup>971</sup>

Lo que resulta claro es que se deja al buen criterio del servicio de prevención de riesgos laborales la posibilidad del acceso a la tutela del art. 6 del RD Ley 3/2021. Ellos deben acreditar que la persona contagiada ha quedado expuesta, en el ejercicio de su profesión o trabajo y durante la prestación de servicios sanitarios o sociosanitarios, al virus del SARS-CoV- 2. Así pues resoluciones como la del Juzgado de Córdoba de 30 de diciembre de 2020<sup>972</sup>, delante de la ausencia de este requisito, siempre cabría la revisión judicial del acto.

---

<sup>970</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La naturaleza, común o profesional, de las contingencias provocadas por la COVID-19” op.cit Pág. 19.

<sup>971</sup> Idem.

<sup>972</sup> Juzgado de lo Social de Córdoba de 30 de diciembre de 2020 Resolución 5300/2020 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9dfab9e0da843eae/20210310>

Una vez finalice la vigencia del RD Ley 3/2021 se debe plantear si las contingencias causadas por la COVID-19 tendrán la naturaleza jurídica de enfermedad profesional. Como ya se ha estudiado ut supra el concepto de enfermedad profesional se recoge en el artículo 157 de la LGSS. Esta regulación se complementa con el RD 1299/2006 dónde se recogen el listado de enfermedades profesionales. En este sentido BARRIOS expresa que se hubiera podido aprobar una norma en la que quedase integrado de facto en relación a los colectivos profesionales con más riesgo que la COVID-19. Hubiese sido lo más correcto y los más justo.<sup>973</sup>

Así pues el art. 9 del RD L. 19/2020 se podría calificar de innecesario, se entiende como accidente de trabajo lo que ya tenía encaje en el concepto de enfermedad profesional. Siendo calificada jurídicamente como enfermedad profesional se incrementarían las garantías de las personas trabajadoras. Las enfermedades profesionales gozan de ciertas garantías que los accidentes de trabajo carecen como la obligación empresarial de realizar reconocimientos médicos.<sup>974</sup>

Tendría cabida en la lista de enfermedades profesionales<sup>975</sup> se derivaría del Grupo 3 (“Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos”) Agente A, Subagente 01 del Anexo 1 del RD 1299/2006. El anexo I hace referencia a las “*Enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección*”. Entre las actividades se incluyen personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidado de enfermos, trabajadores de laboratorio, trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana, odontólogos, personal de auxilio, trabajadores de centros penitenciarios y personal de orden público.

Aunque el RD 664/1997 no tiene como finalidad complementar el cuadro de enfermedades profesionales sí puede servir de orientación. En su anexo II se clasifican los diferentes agentes biológicos a los que se puede estar expuesto en el trabajo

---

<sup>973</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “COVID-19: Consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios” op cit Pág. 79.

<sup>974</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “COVID-19: Consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios” op cit. 76.

<sup>975</sup> POQUET CATALÁ, R. “COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?”. op. Cit pág. 75.

menciona el Coronaviridae (familia dónde está incluido el SARS-CoV-2). En efecto, el Anexo I del RD 1299/2006 del grupo 3 no contiene una relación detallada de enfermedades profesionales sino que lo que indica son “*las enfermedades infecciosas causadas por el trabajo*”. Se puntualiza en que en la medida en que el Grupo 3, Agente A, del cuadro de enfermedades profesionales no enumera enfermedades concretas, es necesario demostrar o presumir su existencia con el trabajo.<sup>976</sup>

En este sentido, se podría entender el contagio por coronavirus de las personas trabajadoras dónde el riesgo se hubiera previsto en la evaluación de riesgos de su puesto de trabajo. Aunque se debe acreditar que se contrajo la enfermedad estando expuesto o expuesta al riesgo en el desarrollo de la relación laboral.<sup>977</sup>

El Anexo I del RD 1299/2006 se refiere a las *principales actividades*, lo que lleva a interpretarlo como una lista abierta. De esta forma se podría dar cabida a profesionales que componen el entramado de la actividad, como por ejemplo los bomberos que ayudaban a limpiar las ambulancias. Otra matización a destacar es la consecuencia de la no inclusión de los riesgos psicosociales en el RD 1299/2006. El personal sanitario y asistencial para que las muy probables secuelas psicológicas que lleguen a padecer se les considere contingencias profesionales deberán probar su origen vía art 156. 2 e).<sup>978</sup>

La Directiva 2020/739 de 3 de junio de 2020<sup>979</sup> mediante la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54, del Parlamento Europeo y del Consejo, se transpone por la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre<sup>980</sup>. Se incluye el SARS- CoV-2 en la lista de agentes biológicos, así queda relacionado expresamente en el grupo de los virus, familia

---

<sup>976</sup> ARAGON GÓMEZ, C.” El Covid-19 como riesgo causante de las prestaciones de seguridad social”, Francis Lefbvre *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 4 de 2020. De las pág. 484 a 489.

<sup>977</sup> POQUET CATALÁ, R. "COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?“, op. Cit pág. 86.

<sup>978</sup> Idem.

<sup>979</sup> Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión de 3 de junio de 2020 por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32020L0739>

<sup>980</sup> Orden TES/1180/2020 de 4 diciembre por la que se adapta en función del progreso técnico el RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE de 10 de diciembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-15871>

coronavirus, la referencia al coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2, SARS- CoV- 2.

Sea como fuere el SARS- CoV- 2 ha quedado expresamente incluido en el grupo 3 del RD 664/1997. En base a la remisión que hace el cuadro de EP del RD 1299/2006 permite la calificación de enfermedad profesional en sentido pleno. En dicho cuadro las actividades relacionadas están formuladas de forma más genérica que la referencia exclusiva a prestaciones sanitarias y sociosanitarias. Lo que implica entender que la calificación se extienda a todas las profesiones y actividades, además de las propiamente sociosanitarias, en las que haya riesgo de exposición al virus. De esta forma ya no será necesario acudir a asimilaciones y equivalencias.<sup>981</sup>

Así pues habiéndose incorporado el SARS- CoV-2 al grupo 3 de agentes biológicos se podría haber calificado como enfermedad profesional para los colectivos mencionados en el Grupo 3, Agente A, del RD 1299/2006. Se hubiere podido realizar por inclusión expresa. Así se realizó mediante el RD 1150/2015<sup>982</sup> que se incluyó en el anexo 1, cuadro de enfermedades profesionales, grupo 6 dentro de las enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos y en concreto por el amianto un nuevo subagente el cáncer de laringe, enumerándose las principales actividades asociadas a este subagente.<sup>983</sup>

Apunta FERNÁNDEZ que se deben tener en cuenta los requisitos señalados en el art. 157 de la LGSS. En efecto, no debe tratarse de un acto violento y súbito sino que ha de ser un proceso dilatado en el tiempo. No se exige un período mínimo. Por lo que el período de incubación del COVID señala FERNÁNDEZ sería suficiente. El requisito relacionado a haberse contraído y originado en un lugar específico vinculado a la

---

<sup>981</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La naturaleza, común o profesional, de las contingencias provocadas por la COVID-19” op.cit Pág. 21.

<sup>982</sup> RD 1150/2015 de 18 de diciembre, por el que se modifica el RD 1299/2006 de 10 de noviembre por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la seguridad social y se establecen criterios para su notificación y registro. (BOE de 19 de diciembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-13874>

<sup>983</sup> SIERRA HERNÁIZ, E. “Perspectiva de género en materia sanitaria” en AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA M. N, VILA TIerno, F, ÁLVAREZ CORTES, J.C (Directores) Editorial Aranzadi SAU, Navarra 2021 pág. 614.

relación de trabajo es más difícil de dilucidar. No obstante el trabajo es un punto neurálgico para una posible transmisión colectiva por su interacción social.<sup>984</sup>

Para poder ser incluido en el listado del RD 1299/2006 dependerá del carácter abierto o cerrado de la lista. Como pone de manifiesto la SJS de Teruel de 3 de junio de 2020<sup>985</sup> se podría incluir en el Anexo 1, Grupo 3, como agente A subagente 1. Dónde se describen

*“Las enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección”* Según la sentencia el SARS- Cov-2 es un agente biológico perteneciente al grupo 2 del RD 664/1997 de 12 de mayo. Aunque apunta FERNÁNDEZ encajaría mejor en el grupo 4 *“causando una enfermedad grave en el hombre supone un serio peligro para los trabajadores, con muchas probabilidades de que se propague a la colectividad y sin que exista generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz”*<sup>986</sup>

Siguiendo a FERNÁNDEZ la mejor opción sería la modificación del listado recogido en el RD 1299/2006, dónde se incluyese el SARS-Cov-2 como el agente causante de una enfermedad profesional. Las profesiones con más posibilidad de contagio serían: *“el personal sanitario y no sanitario que presta servicios en el SNS, en instituciones públicas o privadas, el personal cuidador de personas mayores y dependientes, ya lo hagan en residencias de ancianos o domicilio, los cuerpos y fuerzas del Estado, el personal de ambulancia y transporte de viajeros que puedan estar infectados o presentar síntomas de enfermedad, o el personal auxiliar de estos servicios que aún cuando no se encuentre en contacto directo con los enfermos, sí lo está con los profesionales que mantienen una relación estrecha con los mismos.”*<sup>987</sup> Sin duda, sería un acto de reconocimiento a los profesionales que han estado en primera línea durante la pandemia.

---

<sup>984</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R “La inclusión de las dolencias derivadas de la COVID-19 como enfermedad profesional: pros y ontras” en AA. VV *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*” Tomo I Editorial Laborum, Murcia, 2020 Pág. 484.

<sup>985</sup> Juzgado de lo Social de Teruel. Sentencia de 3 de junio de 2020. (60/2020) Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/509369c30525cef4/20200605>

<sup>986</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R “La inclusión de las dolencias derivadas de la COVID-19 como enfermedad profesional: pros y ontras” op. cit . pág. 486.

<sup>987</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R “La inclusión de las dolencias derivadas de la COVID-19 como enfermedad profesional: pros y ontras” op. cit Pág. 487.

En este sentido, el Juzgado de lo Social, número 3 de Talavera de la Reina<sup>988</sup>, reconoció por primera vez que el COVID es una enfermedad profesional a personal no sanitario. El demandante prestaba servicios como personal estatutario del servicio de salud con la categoría de auxiliar administrativo en el centro de Salud de Malpica de Tajo. Se le reconocieron dos procesos de incapacidad temporal asociados al contagio del coronavirus calificados de enfermedad común.

Argumenta la Sentencia que: *“en el RD 1299/2006 en el grupo 3 se incluyen las enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos y en el apartado A01 se recogen enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección. En el RD 664/1997 en el anexo II como perteneciente al Grupo 3 se recoge “coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2 (SARS- Cov-2) y con el código 3A0104 del RD1299/2006 se recoge al personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio”.* .

Es ilustrativa la Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid de 21 de marzo de 2022,<sup>989</sup> dónde se reconoce el COVID-19 directamente como enfermedad profesional. La trabajadora desempeñaba su labor en una Unidad Medicalizada de Emergencias (UME) de Valladolid. Tenía un mayor riesgo a la exposición a enfermedades infecciosas. Además, la baja por IT coincidió con el inicio de la pandemia y confinamiento lo que aumenta más la probabilidad de que el origen sea laboral.

#### **4.4. COVID 19. Perspectiva de género**

La pandemia de la COVID-19 ha producido un impacto diferente en hombres que en mujeres siguiendo a SIERRA, sobretudo el impacto psicosocial y a veces físico de

---

<sup>988</sup> Juzgado de lo Social, número 3 de Talavera de la Reina, Sentencia 187/2021 de 21 de mayo de 2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dbeb636089218e6b/20210602>

<sup>989</sup> Vid. <https://www.elnortedecastilla.es/valladolid/primera-sentencia-region-20220402212515-nt.html> (consulta abril 2022) No se encuentra la sentencia en la base de datos de Cendoj.



sobrecarga en sectores feminizados Especial mención al estrés emocional sufrido por empleadas de hogar o cuidadoras internas que en el confinamiento permanecieron en los hogares donde trabajaban,. Esto deriva en el estrés que ya supone su trabajo añadido el desatender su propio hogar.<sup>990</sup>

Detalla SIERRA que los estudios demuestran que la COVID-19 ha afectado de forma diferente a hombres y mujeres en cuanto a “*contagios, sintomatología, factores de riesgo, tasa de hospitalización, admisión en unidades de cuidados intensivos y letalidad*”. Se deberá realizar una planificación de medidas de atención sanitaria. Se ha de valorar como ha afectado la pandemia a la salud de las trabajadoras sobretudo en el sector sanitario, sociosanitario y otros servicios esenciales. La sobrecarga y el estrés ha tenido repercusión en su salud psicológica.<sup>991</sup>

No es baladí hacer referencia a la exposición de motivos de la LO 3/2007<sup>992</sup> en dónde expresamente se señala que “*en la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género*” esto implica que la perspectiva de género debe quedar incluida de manera efectiva en las políticas de salud y sanidad. En concreto es el artículo 20 el que establece que la perspectiva de género ha de quedar expresamente integrada en la realización de encuestas, estadísticas, estudios, etc.

Como indica GARRIGUES en un contexto de pandemia los riesgos de exposición los impactos diferenciales adquieren una especial relevancia. Es por eso que los planes estratégicos para la respuesta a la pandemia han de tener como premisa principal el análisis sólido del género. Ya se puso de manifiesto en brotes como el del SARS en 2002- 2003 que hombres y mujeres tiene susceptibilidades diferentes al virus y diferentes vulnerabilidades a la infección (debido al sexo y al género) Los datos

---

<sup>990</sup> SIERRA HERNÁIZ, E. “Perspectiva de género en materia sanitaria” en AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19” op cit. pág. 1672

<sup>991</sup> Ibidem pág. 1673.

<sup>992</sup> Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo)

desagregados por sexo y edad ayudarían a identificar si se han producido desigualdades sanitarias durante la pandemia del COVID-19.<sup>993</sup>

Es de destacar según informe del INSST que durante febrero 2020 a enero de 2021 de 2 las mujeres han supuesto durante este período el 79,8% de los casos de accidente de trabajo por COVID-19 y los hombres el 20,2%.<sup>994</sup> Por actividades el sector con mayor incidencia de casos notificados es el sector hospitalario y sociosanitario, se puede suponer una mayor afectación de la mujer, no obstante este dato en el informe no está desagregado por sexos. Por lo que de estos datos se desprende un perfil de género, al haber mayor incidencia en profesiones altamente feminizadas.

La pandemia afectó a la normalidad social, económica, productiva y laboral. Lo que conlleva que ciertos grupos de personas trabajadoras, entre ellas las mujeres han estado en primera línea tanto en las profesiones sanitarias, de cuidados o de servicios. Al riesgo físico ya de per se se incrementaron una duración mayor de la jornada laboral, carga excesiva de trabajo, cubrir bajas por falta de personal. en este contexto hay mayor probabilidad de incrementar los riesgos en TME, accidentes, lesiones, sin perjuicio del incremento en estrés y fatiga.<sup>995</sup>

Advierte GARRIGUES que se ha constatado que la mayor parte de la ropa y equipo de trabajo son diseñados para el “*hombre medio*”. Este hecho genera dificultades tanto a hombres que no se corresponden con esta standard, como con mujeres. En momentos de pandemia se requiere un incremento del trabajo por lo que mayor tiempo para llevar la ropa de trabajo. A esto se debe añadir la carga de trabajo pesado, el flujo de trabajo pesado y la escasez de EPIs<sup>996</sup>

---

<sup>993</sup> SIERRA HERNÁIZ, E. “Perspectiva de género en materia sanitaria” en AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19” op cit. pág. 609.

<sup>994</sup> Ministerio de Trabajo y economía social. INSST. Casos notificados COVID-19 como contingencia profesional Marzo 2021 disponible en <https://www.insst.es/documents/94886/790582/Casos+notificados+COVID-19+como+contingencia+profesional.+Datos+acumulados.pdf/bb6a2543-e768-4ca8-aa30-f80ab48ae454>

<sup>995</sup> SIERRA HERNÁIZ, E. “Perspectiva de género en materia sanitaria” en AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19” op cit. pág. 622.

<sup>996</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “La dimensión preventiva de la COVID-19 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión- o no- de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia” Tomo II. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA M. N, VILA TIerno, F, ÁLVAREZ CORTES, J.C (directores) Editorial Aranzadi SAU, Navarra 2021 pág. 623.

Se debe valorar que la limpieza y la desinfección con productos químicos es clave para frenar el contagio. Tareas realizadas principalmente por mujeres. Señala GARRIGUES que los compuestos de amonio cuaternario (se encuentra en las toallas desinfectantes, aerosoles o productos de limpieza domésticos) pueden afectar negativamente los procesos de ovulación, aumenar el riesgo de enfermedad pulmonar obstructiva crónica y los síntomas de asma.<sup>997</sup>

Los riesgos psicosociales han estado muy presentes en el transcurso de la pandemia. En lo que se refiere a las profesiones con alta representación femenina, profesiones de primera línea: ha sido frecuente el estrés por la falta de EPIs, tensión en los protocolos de seguridad, el descanso necesario, dificultad en las tareas de cuidado, etc. Las bajas de personal ha provocado un incremento de horas de trabajo. Todo esto hace que se aumente la fatiga y el estrés con el riesgo de incrementar los ATEP.<sup>998</sup>

La violencia y el acoso como apunta GARRIGUES se incrementan en la pandemia, así lo demuestra la experiencia. En el sector de sanidad y comercio están más expuestas, ocupaciones que debido a la segregación ocupacional están ocupadas mayormente por mujeres. Este personal al estar en contacto con personas que han sido infectadas por Covid 19, ha derivado en que se cree rechazo o estigma por el resto de la sociedad al personal de estas profesiones.<sup>999</sup>

Se debe hacer mención de las mujeres que estuvieron teletrabajando durante la pandemia. Debido a que siguen con la asunción del trabajo no remunerado: tareas domésticas y cuidados a los miembros del hogar. En este sentido el factor estrés y la organización de los descansos resulta claramente complicada. A esto se debe añadir la presión de seguir trabajando a un ritmo aceptable y el cierre de las escuelas.

Sea como fuere debido a que las mujeres han estado en el punto de mira la pandemia han tenido una mayor afectación. Así seis de cada diez personas que fueron diagnosticadas por COVID-19 fueron mujeres. Según datos proporcionados por el

---

<sup>997</sup> Ibidem pág 624.

<sup>998</sup> Ibidem. pág. 625.

<sup>999</sup> Ibidem pág. 626.

Instituto Vasco de la Mujer: ocho de cada diez personas que han estado en primera línea son mujeres, ocho de cada diez personas que trabajan en residencias de personas mayores son mujeres y nueve de cada diez personas cuidadoras no profesionales son mujeres.<sup>1000</sup>

Las tareas del hogar y cuidados son esenciales y la pandemia ha visibilizado su importancia y su necesidad para el funcionamiento de la sociedad. Son labores no remuneradas y sin reconocimiento. Especial atención merecen las familias monoparentales, familias numerosas o con personas dependientes. Se apunta desde el estudio *La igualdad en época de pandemia. El impacto de la COVID-19 desde la perspectiva de género* que los cuidados ya no se deben entender como un asunto particular sino un asunto social en el que las administraciones públicas sean corresponsables.<sup>1001</sup> La conciliación de la vida familiar, laboral y personal es un gran paso hacia la igualdad y hacia la salud de las mujeres.

Sea como fuere, ha habido una constatación del retroceso en la igualdad de género y de oportunidades de las mujeres. Se manifiesta como señala CASAS BAAMONDE en la reducción retributiva, en el incremento de horas de cuidado y el temor a una recuperación desigual por las respuestas políticas a la emergencia protagonizadas por hombres puedan considerar equivocadamente la igualdad. El Fondo Monetario Internacional indicó en 2019 que se tardaría cien años en que se pudiese poner freno a la brecha salarial, con el agravante de la pandemia se incrementa la previsión a los 121 años. Se debe poner de relieve también la desigualdad que sufren los progenitores solos de los cuales el 85% son mujeres.<sup>1002</sup>

Por añadidura, la pandemia del coronavirus ha acentuado las desigualdades sobre las personas en general con Trabajos precarios, ocupados principalmente por mujeres, con

---

<sup>1000</sup>Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer. “*La igualdad en época de pandemia. El impacto de la COVID-19 desde la perspectiva de género*” Julio 2020.

<sup>1001</sup> Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer. “*La igualdad en época de pandemia. El impacto de la COVID-19 desde la perspectiva de género*” Julio 2020 Disponible en <https://www.emakunde.euskadi.eus/emakunde/-/covid19-igualdad/pág. 5>

<sup>1002</sup> CASAS BAAMONDE M.E. *El derecho del trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿y después?* Sesión del día 30 de noviembre de 2021 Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid. Pág. 20 y 21

Trabajo “informal”. No se pueden pasar por alto los efectos de la pandemia en la realidad social y en la aceleración en los cambios en el derecho del Trabajo que ya se estaban gestando con anterioridad a la misma. Lo más importante es que se haya aprendido el valor y el significado del derecho a la salud, que lleva de la mano la igualdad, la protección del Trabajo y por ende de la actividad económica.<sup>1003</sup>

#### 4.5. COVID persistente

La mayoría de las personas que desarrollan o se infectan por la COVID-19 tienen una recuperación completa. No obstante según la OMS entre el 10 y el 20% de la población puede llegar a experimentar efectos a medio y largo plazo: “Covid-19 de larga duración”. El conocimiento sobre esta dolencia de larga duración está en continua evolución. Son síntomas prolongados que algunas personas pueden presentar una vez han pasado la COVID-19, la OMS también indica que se denominan “viajeros de larga distancia”. Las reacciones son fatiga, disnea y disfunción cognitiva (perdida de memoria o falta de concentración).

Lo preocupante es que podría menoscabar las actividades cotidianas, como el trabajo o las tareas domésticas. Según definición de la OMS. “*La afección posterior a la COVID-19 se define como la enfermedad que contraen personas con antecedentes de infección probable o confirmada por el SARS-COVID.19 con síntomas que duran al menos dos meses y que no pueden explicarse por un diagnóstico alternativo.*” La afección posterior a la COVID-19 no es transmisible a otras personas, se trata de una afección prolongada que se desarrollada después de una infección por el virus que causa la COVID-19.<sup>1004</sup>

La Doctora Díaz explicó en su intervención en la sede de la ONU en Ginebra que los síntomas incluyen “*fatiga, dificultad para respirar, disfunción cognitiva, però también*

---

<sup>1003</sup> CASAS BAAMONDE M.E. *El derecho del trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿y después?* Sesión del día 30 de noviembre de 2021 Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid. Op.Cit. Pág. 27 y 28

<sup>1004</sup> OMS. Centro de prensa. “Enfermedad por coronavirus (COVID-19): afección posterior a la COVID-19” de 16 de diciembre de 2021 Disponible en [https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-\(covid-19\)-post-covid-19-condition](https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/coronavirus-disease-(covid-19)-post-covid-19-condition) vid. [https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=CjwKCAiArY2fBhB9EiwAWqHK6p8DKZrTmE9aVfjicr6SoE7jdeC250q-ifrMg6VWfH4raJfZE-9sRhoCaVsQAvD\\_BwE](https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=CjwKCAiArY2fBhB9EiwAWqHK6p8DKZrTmE9aVfjicr6SoE7jdeC250q-ifrMg6VWfH4raJfZE-9sRhoCaVsQAvD_BwE)

*otros que repercuten en el funcionamiento cotidiano*”<sup>1005</sup> Advierte que hay pruebas para detectar esta detectar la afección posterior, no hay ninguna para detectar esta afección posterior.

Se pone de relieve el estigma que sufren las personas con Covid persistente, además alegan tener problemas para acceder a los Servicios sanitarios. También existent casos reales de acceso a las prestaciones por enfermedad y discapacidad, explica la OMS. Se anima a realizar estudiós coordinados, nacionales e Internacionales para comprender el impacto clínico del COVID-19 persistente. Se recomienda involucrar a los pacientes en la investigación. No obstante queda mucho por hacer explica la Doctora Selina Rajan autora del Informe publicado en febrero de 2021 del Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Salud impulsado por la OMS. Se indica en resumen el informe lo que se sabe sobre la afección, quiénes y cuántas personas lo padecen, el diagnostico y el tratamiento y cómo están tratando estos temas médicos los diferentes países.<sup>1006</sup>

Los síntomas son similares a los de la fatiga crònica. Provoca un cansancio extremo que empeora con la actividad física o mental y tampoco mejora con el descanso. Se pone en duda si es patologia crònica derivada de la infección o es postviral. En clave efectos jurídicos es muy importante porque en el primer caso se asociaría a la COVID-19 y en el otro caso no. En España, se ha propuesto un código de enfermedad propio (B94.9:CIE-10 ES 2022). En este caso la OMS señalado que en el CIE-11 (nueva clasificación de enfermedades en vigor el 1 de enero de 2022 se incluyó una codificación de enfermedad bajo el epígrafe de “síndrome Post Covid-19”. En este caso se incluirían tanto a pacientes con secuelas como con covid-19 persistente. No obstante, es una asignación provisional internacional de nuevas enfermedades de etiologia incierta y uso de emergencia.

---

<sup>1005</sup> El plural. “La OMS define oficialmente a la COVID-19 persistente como enfermedad” disponible en [https://www.elplural.com/sociedad/oms-define-oficialmente-covid-19-persistente-como-enfermedad\\_276474102](https://www.elplural.com/sociedad/oms-define-oficialmente-covid-19-persistente-como-enfermedad_276474102) (consulta noviembre 2021)

<sup>1006</sup> OMS Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Salud. Redacción médica: “Covid-19 persistente: el 10% de los casos lo sufre hasta 12 semanas después” Disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/covid-19-persistente-10-por-ciento-casos-sufre-12-semanas-despues-2787>

Como señala MOLINA NAVARRETE el INSS que no acostumbra a reconocer pensiones de Incapacidad permanente absoluta para situaciones que se den emergentes, sí en este caso ha declarado por mutu propio varias situaciones de “long covid” como incapacidad permanente absoluta. A título ejemplificativo sí que ha tenido repercusión la que ha conseguido una mujer de 60 años sin patologías previas. Su actividad laboral consistía en ser directora de un centro cultural, no había tenido problema alguno en su desarrollo psicofísico. Es de destacar que aunque puede afectar a hombres y mujeres, se observa un sesgo de genero porque 7 de cada 10 personas afectades son mujeres. Se podría cuestionarse sino influyen sus roles patriarcales, el estrés los cuidados para que esta patologia sea más severa.<sup>1007</sup>

El Criterio de Gestión 25/2021 de 18 de octubre de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia jurídica confunde el síndrome postcovid-19 con el síndrome de covid-19 prolongado, se niega que pueda calificarse áquel como una situación assimilada al accidente de trabajo por ser una patologia secundaria e inespecífica no puede beneficiarse de tratamiento preferente y especial. Se podría calificar el criterio de restrictivo, principalment porque es una cuestión de carácter sanitario y son los médicos los profesionales para su valoración.

Además podría ser dudoso que si de existir una continuidad en la afectación entro el contagio y la persistencia de la enfermedad no se mantenga la calificación.<sup>1008</sup> En relacion con el covid persistene sí se vincula a profesionales de la sanidad o sanitarios y debe darse el tratamiento de enfermedad profesional.

En este sentido en el Juzgado de lo Social número 3 de Bilbao<sup>1009</sup> se interpuso demanda para solicitar la IPAbsoluta y de forma subsidiaria la total por una la trabajadora, diagnosticada de COVID-19 con ingreso incluso en UCI. Desempeñaba sus Servicios como teleoperadora. Cuando se le expidió el alta médica presentaba afectación

---

<sup>1007</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “La pesadilla continua: el síndrome de covid-19 persistente (long covid) ¿nueva enfermedad incapacitante? 5 de octubre de 2022 *Cef Laboral Social* Disponible en <https://www.laboral-social.com/molina-navarrete-analisis-cuestiones-sociolaborales-covid-persistente.html>

<sup>1008</sup> Idem

<sup>1009</sup> Juzgado de lo Social. Núm. 3 de Bilbao. Sentencia 298/2022, de 20 de julio de 2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/16fb0265ba46d84ba0a8778d75e36f0d/20230124>

psicopatològica objeto de mejora evolutiva, con mejoría parcial según informe de 11 de julio de 2022, con ansiedad anticipatoria por posible reincorporación laboral por olvidos frecuentes y problemas de memoria. Por resolución del INSS de 14 de octubre de 2021 se declaró que la demandante no estaba afectada a la IP en ninguno de sus grados, se le desestima por Resolución en fecha 4 de enero de 2022.

El INSS señaló que no existían limitaciones funcionales relevantes para el desempeño de su profesión, ni para otras más livianas dada su recuperación funcional. Se ha de valorar la reducción en la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía en el momento inmediatamente anterior a producirse el hecho causante. El Juzgado de lo Social en su fundamentación jurídica indica que la IP lo es respecto de una profesión concreta no de un puesto de trabajo en cuestión. Se considera por la autoridad judicial que había funcionalidad suficiente para el desempeño de su actividad laboral, sin limitaciones relevantes, ni afectaciones en movimientos o balance muscular, teniendo en cuenta que es una profesión liviana carente de esfuerzos físicos como es ser teleoperadora.

Interesante destacar la primera incapacidad permanente que se reconoce por COVID persistente como accidente de trabajo. La trabajadora era directora de un establecimiento y contrajo el COVID en octubre de 2020 y estuvo quince días ingresada en el hospital y ya no se volvió a recuperar. El INSS le concedió la IP absoluta por vía administrativa. Es alarmante la cifra dada por la OMS de que en Europa puede haber 17 millones de afectados que llegan a 145 en todo el mundo. Se debería visibilizar y empatizar con las personas enfermas de COVID persistente.<sup>1010</sup>

Siguiendo a MOLINA NAVARRETE se debe tener muy en cuenta la predisposición de género a sufrir este tipo de patología de COVID persistente que se da en las mujeres<sup>1011</sup>. En suma, el margen de edad de los 50 a los 60 años hay una mayor

---

<sup>1010</sup>PREVENCIÓN INTEGRAL. Fuente: Diario Vasco. “Un antes y un después para el COVID persistente: primera incapacidad permanente reconocida como accidente de trabajo” de 16 de diciembre de 2022 Disponible en <https://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2022/11/06/antes-despues-para-covid-persistente-primera-incapacidad-permanente-reconocida-como-accidente> (consultada en diciembre de 2022)

<sup>1011</sup> Institute for Health Metrics and Evaluation (IHME) Disponible en <https://www.healthdata.org/>



presencia de mujeres en por ejemplo trabajando en residencias por lo que también debería tenerse en cuenta este factor de genero. En este último caso no se estaría ante una cuestión de contingencia común (o asimilada a accidente de trabajo) sino profesional.

La valoración de la perspectiva de genero en el cuadro de enfermedades profesionales se encuentra en la reciente doctrina judicial como la STS 747/2022 de 20 de septiembre comentada en esta tesis doctoral sobre rotura de manguito Izquierdo rotador de una limpiadora. Bien cabe señalar que la Ley 15/2022 indica como causa discriminato potencial “la *“enfermedad o condición de salud, estador serológico y/ o predisposición genética a sufrir transtornos y patologías.”*”<sup>1012</sup> No es óbice poner de relieve que hay que seguir de cerca los Juzgados de lo Social de Bilbao. También, en este caso el Juzgado de lo Social número 2 reconoció a un celador una IPabsoluta (artículo 193 LGSS) derivada de AT que trabajaba en un centro sanitario diagnosticado de covid persistente valorando su situación funcional. Los hechos se remontan al 2020 cuando sufrió una infección por coronavirus en el mes de marzo. Ciertamente, al ser reconocido su origen profesional da pie a poder reclamar en su caso recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas por parte de la empresa.<sup>1013</sup>

---

<sup>1012</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “La pesadilla continua: el síndrome de covid-19 persistente (long covid) ¿nueva enfermedad incapacitante? 5 de octubre de 2022 *Cef Laboral Social* Disponible en <https://www.laboral-social.com/molina-navarrete-analisis-cuestiones-sociolaborales-covid-persistente.html>

<sup>1013</sup>Juzgado de lo Social, núm. 2 Bilbao. De 15 de diciembre de 2022. Resolución 503/2022 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0b3caf221de97a0ca0a8778d75e36f0d/20230209>

## **V.EL DERECHO A LA SALUD Y LA NORMATIVA SANITARIA**

En este capítulo se abordará la protección a la salud en el marco de la normativa española en materia sanitaria. La protección de la asistencia sanitaria es uno de los ejes principales del Estado del Bienestar, así lo pone de manifestó MOLINA.<sup>1014</sup> A tales efectos se pretende abordar el marco jurídico de la protección de la salud en España, es decir con un análisis de las leyes principales en la normativa sanitaria, la doctrina iuslaboralista española y los pronunciamientos judiciales del orden judicial español.

El Capítulo se dividirá en un primer apartado referido a la atención sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral en el marco jurídico español. En éste se hará una mención especial a la protección de la salud del colectivo de extranjeros y también al sistema sanitario privado. En el segundo apartado la atención sanitaria y su regulación jurídica en tiempos de pandemia COVID-19. El tercero analizará el impacto de las nuevas tecnologías en la perspectiva de género. El cuarto apartado se centrará en la asistencia sanitaria y la perspectiva de género. Finalmente, el quinto apartado realizará una especial atención a la atención sanitaria en personas de edad avanzada y residencias durante la pandemia.

### **1. LA ATENCIÓN SANITARIA POR ENFERMEDAD COMÚN Y ACCIDENTE NO LABORAL EN ESPAÑA**

#### **1.1 Antecedentes**

La creación del Instituto Nacional de Previsión es el primer instrumento de protección social en España (1908). La asistencia sanitaria se incluye en dicha protección mediante el RD de 18 de marzo de 1919 de aseguramiento del paro forzoso. Se aseguraba la asistencia sanitaria en caso de enfermedad común y se confiaba su provisión a la iniciativa privada. Con posterioridad se estableció el seguro de maternidad (1929) y el Seguro obligatorio de enfermedad (SOE) en 1942.

---

<sup>1014</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” *En AAVV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*. Tomo I. MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021 pág. 78

El SOE Fue el primer instrumento público de protección que asumía el riesgo de pérdida de la salud mediante un sistema de prestaciones directas. La Orden de 20 de enero de 1948 aprobó el Reglamento de Servicios Sanitarios del SOE.<sup>1015</sup> Se fijaba el día de afiliación como fecha de nacimiento del derecho asistencia médica de la persona trabajadora, cónyuge e hijos. Para cualquier otro familiar se requería un período de seis meses.

Apunta MOLINA NAVARRETE que el trasfondo del SOE fue asegurar la protección sanitaria de la fuerza de trabajo. No obstante, es origen de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en España.<sup>1016</sup> En este orden de cosas en lugar de dar cobertura a todas las personas, el SOE se dirigía a los trabajadores y a sus beneficiarios. Nace como seguro por lo que se exigía el pago de unas cuotas del seguro y el cumplimiento de un período de carencia.

El sistema tenía como objetivo curar la enfermedad, no promover la salud. La asistencia sanitaria era privada, salvo que no se tuviera ningún recurso que entonces se hacía cargo la beneficencia. De esta forma la salud pública se reguló por la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944, que sustituyó la de Beneficencia de 1849. Un aspecto para destacar es el tratamiento de la enfermedad mental. Se consideraba una “peligrosidad social” y lamentablemente no se consideró una prestación del SNS hasta 1995.<sup>1017</sup>

El sistema sanitario estaba basado en tres ejes: Beneficencia, asistencia privada y el SOE. El SOE sería el que acabaría imponiéndose como el eje del sistema sanitario, una asistencia centrada en la curación de la enfermedad. El sistema tuvo su duración hasta la Ley de Bases de 1963<sup>1018</sup>, en vigor desde 1967. Se diferenciaba entre salud pública y asistencia sanitaria. Dentro de ésta entre Beneficencia y Seguridad Social. La Ley de Bases consolidó la diferencia entre contingencias profesionales y comunes.

---

<sup>1015</sup> BOE 30 y 31 de marzo y 1 de abril de 1948.

<sup>1016</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág. 81.

<sup>1017</sup> Real Decreto 63/1995 de 23 de enero de ordenación de prestaciones sanitarias. (BOE de 10 de febrero) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-3554>

<sup>1018</sup> Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de Seguridad Social. (BOE de 30 diciembre de 1963) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-22667>

Se hace referencia a la medicina preventiva, la higiene y seguridad en el trabajo. El objetivo era “operar el tránsito desde un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social”.

La seguridad social supone para la sanidad pública la consolidación del modelo inspirado en el SOE. Mediante la Ley articulada de seguridad social <sup>1019</sup> se integra el SOE como una rama más de la acción protectora del sistema de seguridad social. <sup>1020</sup>. En el Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre se definieron las prestaciones de asistencia sanitaria y la ordenación de los servicios médicos en el Régimen General. <sup>1021</sup>

Se merece destacar que la disposición final 11 de la Ley 24/1972<sup>1022</sup> (actualmente derogada) permitió el acceso a la acción protectora de todas las personas trabajadoras por cuenta ajena sin tener en cuenta sus ingresos. Destaca MOLINA NAVARRETE el gran avance en la profesionalización de la prestación de asistencia sanitaria mediante el Decreto 2065/1974 de 30 de mayo<sup>1023</sup>. La cobertura del sistema se financiaba mediante cotizaciones de las personas trabajadoras. A partir del RD 36/1978<sup>1024</sup> se reorganiza el sistema de seguridad social. Desaparece el INP y se sientan las bases para que la acción protectora de la salud se integre en el INSALUD. <sup>1025</sup>

La CE en el art. 43 reconoció el derecho a la protección de la salud. Así pues, la política social sanitaria en España representa una evolución desde los seguros sociales obligatorios hasta la consagración de un sistema institucional de seguridad social. Se

---

<sup>1019</sup> Decreto 907/1966 de 21 de abril aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1966-6647>

<sup>1020</sup> SEVILLA, F. “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social” Ministerio de Trabajo *Fundación Alternativas* 2006 pág. 10.

<sup>1021</sup> Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. (disposición derogada).

<sup>1022</sup> Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 22 de junio) esta norma se entiende implícitamente derogada por la Ley 47/215 de 21 de octubre.

<sup>1023</sup> Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley General de la Seguridad Social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1165>

<sup>1024</sup> RD Ley 36/1978 de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la seguridad social, la salud y el empleo. (BOE de 18 de noviembre). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-28739>

<sup>1025</sup> SEVILLA, F. “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social” op. cit pág. 14.

impone a los poderes públicos la protección a la sanidad de todas y todos los residentes en territorio español, sin perjuicio de la intervención privada.

En relación con las competencias en materia de salud pública según la CE: planificación sanitaria y servicios asistenciales de la sanidad se traspasó sus competencias a las CCAA. La asistencia sanitaria de la seguridad social también se fue transfiriendo a las CCAA. De este modo en 1981 se transfirió a Cataluña la organización y gestión, y se creó el Institut Català de la Salut<sup>1026</sup> como entidad gestora de la seguridad social.<sup>1027</sup>

## **1.2 De la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud**

El desplazamiento de la gestión de asistencia sanitaria desde la Seguridad Social hasta el SNS ha ido de la mano del cambio de financiación: se pasa desde un sistema basado en cotizaciones hasta la financiación universal basada en impuestos. La financiación mediante cotizaciones sociales pasó a ser meramente residual hasta que en 1999 desapareció. A partir de la Ley 14/1986<sup>1028</sup> (LGS) se regula la asistencia sanitaria en un texto individualizado debido a su relevancia.

La LGS constituyó dos vías de integración en el SNS. En primer lugar, se crearon los servicios de salud de las CCAA. Quedaba en ellos ubicada la política de salud y la de los servicios de atención: salud pública, planificación sanitaria y servicios asistenciales. Se reguló la integración de las redes asistenciales de titularidad pública en los servicios de salud de las CCAA. En efecto en segundo lugar se integraron los diferentes subsistemas de cobertura con financiación pública: mutualismos administrativos, las MATEP, y el Instituto Social de la Marina, en un único sistema.

La delimitación prestacional del SNS requiere el conjunto de las Leyes: Ley 16/2003, RD 1030/2006 y disposición adicional cuarta del RD 63/1995. Además, debido al proceso de transferencias sanitaria a las distintas CCAA, éstas podrán aprobar sus

---

<sup>1026</sup> Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (BOE del 15 de octubre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1983-27280>

<sup>1027</sup> RD 1517/1981 de 8 de julio, sobre traspasos de servicios de la Seguridad Social a la Generalidad de Cataluña en materia de Seguridad Social (INSALUD e INSERSO) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16668>

<sup>1028</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOe de 29 de abril) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>

carteras de servicios establecida en el SNS. Como límite se encuentra el artículo 4 de la Ley 16/2003 el que delimita los derechos que deben ser comunes en el conjunto del SNS.

A saber, el artículo 4 señala: disponer de una segunda opinión facultativa, recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo en base al artículo 25 de la misma ley y recibir en la CCAA que el o la ciudadana se encuentre desplazado, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del SNS que se pueda requerir, en las mismas condiciones que las y los residentes en esa CCAA.

La LGS tiene como objetivo regular la asistencia sanitaria como servicio público y dar cobertura universal. A pesar de esto en la exposición de motivos se hace eco de la crisis económica y de que este objetivo se deberá conseguir de manera progresiva: *“por razones de crisis económicas que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones, sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes”*

La LGS no definió un modelo inequívoco de sistema sanitario. Al inicio de su articulado define el SNS, de carácter universalista adaptado a la estructura del Estado de las Autonomías. Sin embargo, en su desarrollo se vincula el acceso a la prestación sanitaria a la extensión de la cobertura de la seguridad social. (Disposición transitoria quinta)<sup>1029</sup>. No se pudo evitar la superposición de sistemas en relación con la protección de la asistencia sanitaria.<sup>1030</sup>

Ciertamente, la Ley 14/1986 contempla la extensión de los servicios del SNS a *“toda la población”*, art. 46 a). No obstante, en el art. 3.2 se remarca *“a toda la población española”*. En el marco de estas oscilaciones el art. 1.2 incluye a los extranjeros residentes en territorio nacional y el artículo 1.3 los extranjeros que se encuentren fuera de España y los extranjeros no residentes de acuerdo con las Leyes y convenios internacionales. Lamentablemente aún no se llegaba a cubrir a todas y todos, prueba de ello es el art. 16 de la Ley 14/1986: *“existen usuarios sin derecho a la asistencia de esos*

---

<sup>1029</sup> *“La extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2 y 20 se efectuará de forma progresiva.”*

<sup>1030</sup> SEVILLA, F. “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social” Ministerio de Trabajo *Fundación Alternativas* 2006 pág. 15.

*servicios, que pueden acceder a ella como pacientes privados que deberán satisfacer su importe*”<sup>1031</sup>

En 1988 se extendió la cobertura sanitaria a los ciudadanos sin recursos<sup>1032</sup>. Hasta el momento recibían asistencia sanitaria mediante la beneficencia municipal. Se extendieron las prestaciones sanitarias a las y los españoles residentes cuyas rentas fuesen inferiores al SMI. La ampliación del campo de aplicación subjetivo se extendía a colectivos ajenos al campo de aplicación del aseguramiento social. Se reconocía en la misma extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social. Por otra parte, en la Ley 26/1990<sup>1033</sup> (actualmente derogada) se reconocieron las prestaciones no contributivas como integrantes del sistema de seguridad social, también en respuesta al art. 41 de la CE.

La Ley 16/2003<sup>1034</sup> amplió el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria. Se incluyeron ciudadanos extranjeros, ciudadanos comunitarios y a los que tuvieran reconocido este derecho sobre la base de tratados y convenios internacionales. Su artículo 2 b) habla de aseguramiento universal. El art. 3.2 de la Ley 16/2003 prescribe en qué supuestos se tendrá derecho a asistencia sanitaria: “*Tener nacionalidad española y residencia habitual en territorio español*”.

El concepto “*habitual*” no se ha acabado de precisar. Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia. Se debería concretar como indica a qué títulos jurídicos se

---

<sup>1031</sup> MONTOYA MELGAR, A. “Equidad y universalidad en la sanidad pública”. Aranzadi Thomson Reuters. *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*. Núm. 174 de 2015 pág. 16.

<sup>1032</sup> RD 1088/1989 de 8 de septiembre (BOE de 9 de septiembre) Disposición derogada en fecha 5 de agosto de 2012. Se daba cumplimiento a lo establecido por el art. 80 de la Ley 14/1986, de 25 de abril dispone que el Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del Sistema de la Seguridad Social para las personas sin recursos económicos no incluidas en la misma, con cargo a transferencias estatales. Desarrollado por la Orden de 13 de noviembre de 1989.

<sup>1033</sup> Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. (BOE de 22 de diciembre) Fecha de derogación 01/09/1994.

<sup>1034</sup> Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. (BOE de 29 de mayo) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10715>

refiere. Se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a las personas no registradas ni autorizadas como residentes en España.<sup>1035</sup>

Es en esta línea se sitúa el RD 8/2008 dedicado a la prestación de asistencia sanitaria a favor de españoles residentes en el exterior y retornados. Dispone que los beneficiarios de la prestación por necesidad que carezcan de la cobertura de asistencia sanitaria en el país de residencia o cuando su contenido y alcance fueran insuficientes tendrán derecho a la cobertura de dicha contingencia.<sup>1036</sup> Por su parte los discapacitados también tienen derecho a la protección de la salud en base al art. 10 del RD Legislativo 1/2013<sup>1037</sup>.

la Ley 33/2011 General de Salud Pública<sup>1038</sup>, reguló la asistencia sanitaria pública que la extendió: “a todos los españoles residentes en territorio nacional” no cubiertos por otras normas, incluyendo expresamente a quienes hubieran agotado las percepciones por desempleo, y respetando la situación de quienes se integrasen en las Mutualidades de funcionarios Civiles, Judiciales y Fuerzas Armadas (D Adic. 6º). La norma se centra en la prevención y protección de la salud de forma colectiva. Siguiendo a MOLINA la Ley se encauza en la dirección de evitar desigualdades sociales y territoriales y la no discriminación.<sup>1039</sup>

El RD Ley 16/2012<sup>1040</sup> perpetró una reforma del sistema nacional de salud. Limitaba el acceso a la salud y a las prestaciones sanitarias, contraviniendo el principio de

---

<sup>1035</sup> DELGADO DEL RINCON, L.E “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito, de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el RD Ley 7/2018, de 27 de julio” Centro de Estudios Constitucionales. Revista de Estudios Políticos, 186, de 2019 pág.

<sup>1036</sup> RD 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados. (BOE de 24 de enero) disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-1264&p=20150729&tn=6>  
art. 21

<sup>1037</sup> RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-12632>. Art. 10.1: “Las personas con discapacidad tiene derecho a la protección a la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva”.

<sup>1038</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>

<sup>1039</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág. 89.

<sup>1040</sup> RD Ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.



universalidad. El Real decreto 1192/2012<sup>1041</sup> reguló la condición de asegurado y de beneficiario, a efectos de la asistencia sanitaria mediante el SNS. Quedaban excluidas del derecho a la asistencia sanitaria: las personas extranjeras sin residencia legal en España. Sólo quedaban garantizados para este colectivo los servicios de emergencia y en el caso de mujeres embarazadas lo relacionado con el parto y puerperio.

Con anterioridad al RD ley 16/2012 los extranjeros en situación irregular y empadronados en algún municipio del territorio municipal tenían derecho a asistencia sanitaria<sup>1042</sup>. Hubo CCAA que suprimieron este requisito burocrático administrativo del empadronamiento. Se justificó la medida tomada en 2012 como una contención del gasto. Como manifiesta MOLINA NAVARRETE en los años posteriores se ha podido comprobar que la salud pública depende en gran medida del acceso a la asistencia sanitaria individualmente considerado.<sup>1043</sup>

En concreto en la reforma del 2012 se modificó el régimen jurídico del ámbito subjetivo del derecho a la prestación sanitaria, regulando la condición de asegurado y de beneficiario. Es decir, quedaban modificados los artículos 3.1 y 3.2 de la Ley 16/2003. Como se vio en el Capítulo II la nueva regulación fue declarada constitucional por el TC<sup>1044</sup>. El Tribunal se basó en que el derecho a la protección de la salud es un derecho social de configuración legal. Se echa de menos en la fundamentación del TC la conexión del artículo 43 con otros artículos como el art. 15 incluso con normativa internacional.

Igual que en el desarrollo de las bases del Estado las CCAA podrían ampliar la cartera de servicios, del mismo modo se debería poder ampliar el ámbito subjetivo que el

---

<sup>1041</sup> RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a Fondos Públicos, a través del SNS. (BOE de 4 de agosto) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-10477>

<sup>1042</sup> LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social de 11 de enero (BOE del 12) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544> art. 12. (modificado por el RD Ley 16/2012 de 20 de abril.

<sup>1043</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág. 91.

<sup>1044</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-7904>

Estado determina.<sup>1045</sup> Con posterioridad la Ley 22/2013<sup>1046</sup> excluyó también del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria a las personas desempleadas, sin derecho a prestación ni subsidio de desempleo, cuando se encontrasen fuera del territorio español por un período de tres meses, computado en un año natural. En este sentido para paliar los efectos de estas normativas la mayor parte de CCAA dictaron normativa que ampliaba el ámbito subjetivo de aplicación. El fin de esta normativa vino de la mano del Real Decreto Ley 7/2018 de acceso universal al SNS.<sup>1047</sup> Con posterioridad al RD Ley 7/2018 el acceso a la asistencia sanitaria se basará en la condición de ciudadano o ciudadana.

Se puede dislumbrar un sector doctrinal, que considera que el RD 7/2018 consagra la asistencia sanitaria como derecho autónomo del de seguridad social, así PANIZO ROBLES. Por otra parte, otro sector doctrinal defiende la asistencia sanitaria como el principal bloque normativo de la seguridad social, así MONEREO.<sup>1048</sup>

El Decreto Ley 7/2018 significó un paso más en la consecución del proceso de universalización del derecho a la protección de la salud iniciado por la Ley 14/1986. La atención sanitaria queda ligada a la condición de ciudadana o ciudadano, no a la de asegurado por ejercer actividad laboral o recibir una prestación “*procurar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado español*”.<sup>1049</sup>

Los objetivos del RD Ley 7/2018 se concentraban en: restituir la asistencia sanitaria a los colectivos a los que se les había excluido en el RD Ley 16/2012, terminar con la desigualdad en el acceso a la prestación de asistencia sanitaria generada por éste y armonizar el contenido de la desigual normativa. No se ha llegado a la consecución de

---

<sup>1045</sup> DELGADO DEL RINCON, L.E “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito, de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el RD Ley 7/2018, de 27 de julio” op. Cit. pág. 114?

<sup>1046</sup> Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-13616>

<sup>1047</sup> Real Decreto Ley 7/2018, de 27 julio, sobre el acceso universal al SNS (BOE de 30 de julio) disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10752](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-10752)

<sup>1048</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág. 93.

<sup>1049</sup> Exposición de motivos del Decreto Ley 7/2018.

los objetivos propuestos.<sup>1050</sup> La Ley 16/2003, art. 3.3 ofrece la posibilidad de suscribir un convenio especial de atención sanitaria en los casos de que no se tenga derecho a atención sanitaria por fondos públicos.

Sea como fuere el el ámbito subjetivo establecido por el RD Ley 7/2018 quedaría encuadrado en las personas de nacionalidad española y extranjeras con residencia en España (como estaba ya inicialmente con la Ley 14/1986). También abarcaría a las personas que aún no teniendo residencia en España tengan derecho a asistencia sanitaria sobre la base de cualquier otro título jurídico (trabajadores transfronterizos, trabajadores desplazados o pensionistas españoles no residentes en España). La novedad más destacada fue la recuperación de la atención sanitaria a los extranjeros que careciesen de residencia legal en España como resalta MOLINA.<sup>1051</sup>

Se mantiene el sistema de copago para el acceso a determinadas prestaciones como la farmacéutica ambulatoria. El RD 1/2015<sup>1052</sup>, art. 102.5 e) en el que se indica que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España deben abonar el 40% del precio de los medicamentos. En los casos de vulnerabilidad socioeconómica extrema sería recomendable que el copago fuese inferior. Es el mismo porcentaje que el que se prevé para los nacionales con la condición de asegurado activo cuya renta sea inferior a 18.000 euros (art. 102.5 e)). El nivel de renta no se tiene en cuenta en el caso de los extranjeros sin permiso de residencia.<sup>1053</sup>

Explica el Defensor del Pueblo que en la respuesta del Ministerio también se indica que se pretende también desarrollar la definición de prestaciones sociosanitarias del SNS y el refuerzo de garantías en el acceso a la prestación farmacéuticas. Resalta otro aspecto importante el Defensor del Pueblo: de forma transitoria se sigue encargando del reconocimiento del derecho a la prestación de derecho a la asistencia sanitaria el INSS

---

<sup>1050</sup> DELGADO DEL RINCON, L.E “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito, de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el RD Ley 7/2018, de 27 de julio” op. Cit. Pág. 115.

<sup>1051</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.93.

<sup>1052</sup> Real Decreto Legislativo 1/2015 de 24 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE del 25 de julio) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-8343>

<sup>1053</sup> DELGADO DEL RINCON, L.E “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el RD Ley 7/2018, de 27 de julio” op.cit. Pág. 122.

en base a los preceptos del RD 1192/2012<sup>1054</sup>. Representa como se indica un desajuste normativo que se debería solventar con urgencia. Además, hay que tener en cuenta que hasta que el INSS no dicta resolución del reconocimiento del derecho a asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos la atención sanitaria puede ser facturada por parte de los centros hospitalarios.<sup>1055</sup>

Por personas extranjeras se entienden tanto las que forman parte de la UE, extranjeros comunitarios, como los que no forman parte de la UE, extranjeros extracomunitarios. Se pasa a analizar en primer lugar al primer colectivo referenciado. A pesar de las buenas intenciones del art. 3.1 primer párrafo de la Ley 16/2003, el párrafo segundo lo matiza. Éste se refiere a los extranjeros comunitarios o de otros países con los que se hayan suscrito convenios bilaterales de prestación de asistencia sanitaria. Se dispone que podrán acceder a la atención sanitaria en España: *“Siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas”*.

Respecto a los extranjeros comunitarios se les aplicaría el RD 240/2007<sup>1056</sup>. Valga señalar que en su art. 7 se señala que: los ciudadanos europeos y sus familiares que deseen residir en territorio español por un período superior al de estancia de tres meses, deben disponer *“para sí y para los miembros de su familia de recursos suficientes para no convertirse en un carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.”* El hecho de que no se haya llevado a cabo la tramitación parlamentaria del RD 7/2018<sup>1057</sup> provoca incertidumbre sobre el reconocimiento a la asistencia sanitaria en colectivos vulnerables, como las personas reagrupadas.

---

<sup>1054</sup> Procedimiento que se derogó por el RD Ley 7/2018.

<sup>1055</sup> Ley 14/1986 art. 16.3 “La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud”.

<sup>1056</sup> Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (BOE de 28 de febrero), sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184>

<sup>1057</sup> RD Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al SNS (BOE de 30 de julio de 2018). Se publica acuerdo de convalidación, por Resolución de 6 de septiembre de 2018.

En este sentido, si se analiza este colectivo de personas extranjeras reagrupadas por nacionales o personas ciudadanas comunitaria el TS en unificación de doctrina de fecha 21 de septiembre de 2021<sup>1058</sup>, se cuestionaba la aplicación del art. 7 del RD 240/2007 en el caso de españoles que reagrupasen a familiares no comunitarios. El art. 7 permite una residencia superior a tres meses a un miembro que no sea nacional de un estado de la UE o de otro parte del EEE de la familia del ciudadano al que acompaña. Éste debe disponer de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos de España.

El objeto del recurso de la sentencia citada fue la impugnación a la STSJ de la Comunidad de Valenciana, de 17 de abril de 2018, el cual desestimaba el recurso interpuesto por el INSS y confirmaba la sentencia de instancia. Se estimaba la demanda interpuesta por la actora y se declaraba su derecho a la asistencia sanitaria mientras se mantuviese en vigor su derecho a la residencia en España. La demandante es de nacionalidad argentina y tenía residencia en España como familiar de una persona ciudadana de la UE.

La STS extrapola la doctrina de la STS de 3 de marzo de 2021. La normativa en cuestión está dentro de los márgenes de configuración del legislador que no vulneran el artículo 43 de la CE en relación con el artículo 13. El RD Ley 7/2018 obvia el concepto de asegurado y de beneficiario y se retorna al derecho de asistencia sanitaria. No obstante, señala la STS de 21 de septiembre de 2021 que en los supuestos que un familiar tenga cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante debe mantenerla durante el tiempo de residencia legal. Esta cobertura debe de calificarse de obligatoria ya que viene impuesta legalmente y durante el tiempo de residencia del reagrupado en el Estado de acogida.

La protección por tanto que se solicita con cargo a los Fondos Públicos es innecesaria y cubierta por otra vía legal, cubierta por un tercero obligado a dar cumplimiento a la exigencia normativa. Lo que no es óbice para indicar que el familiar esté legalmente residiendo en territorio español por reagrupación familiar. No se encuentra desprotegido

---

<sup>1058</sup> TS. Sentencia de 21 de septiembre de 2021. (911/2021) Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1e57524848fb35aa/20211013>

en materia de asistencia sanitaria por estar protegido en materia de asistencia sanitaria por otra vía. Se estimó el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por el INSS, sin perjuicio que los hechos se ubican en un momento temporal anterior a la última reforma operada en materia de asistencia sanitaria.

En la Orden Pre/1490/2012 de 9 de julio<sup>1059</sup> se dictaron normas para la aplicación del artículo 7. Se destaca en el artículo 3c): “*Las personas que no ejerzan una actividad laboral en España, deberán aportar documentación acreditativa del cumplimiento de las dos siguientes condiciones: a) seguro de enfermedad público o privado...*”. Por lo que si hay un tercero obligado a cumplir dicha protección ya no se cumplen las características para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto. En suma, en la exposición de motivos del RDL 7/2018 expone que no se debe hacer un uso indebido del derecho de asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos cuando existe esa protección por otras vías. El familiar reagrupado no está desprotegido de asistencia sanitaria al tenerla cubierta por otra vía.

Si en los anteriores párrafos se ha analizado los extranjeros comunitarios y el colectivo vulnerable com es de las personas que reagrupan, se pasa a estudiar a los extranjeros extracomunitario. Se considera extranjero según la LO 4/2000 a “*los que carezcan de la nacionalidad española*” art. 1.1. Es el artículo 12 el que se refiere y regula el derecho a la asistencia sanitaria, así transcrito literalmente: “*Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*”. De esta forma hay que remitirse a la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad y al RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a Fondos Públicos a través del SNS.

Por lo que en base a la normativa citada todas y todos los españoles, así como las y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional, son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en base a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la LGS. En la disposición adicional octava del RD

---

<sup>1059</sup> Orden PRE/1490/2012 DE 9 de julio por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del RD 240/2007 de 16 de febrero. BOE de 10 de julio Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9218&p=20120710&tn=1>

1192/2012 se hace referencia a los extranjeros menores de dieciocho años no registrados ni autorizados como residentes en España que tendrán reconocida asistencia sanitaria utilizando el término de la disposición “*como las personas que ostentan la condición asegurada*”. En este sentido las mujeres extranjeras embarazadas no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a efectos del SNS a la asistencia al embarazo, parto, y postparto con la misma extensión que “*las personas aseguradas*”.

En efecto, actualmente se cuenta con plena asistencia sanitaria en España para extranjeros independientemente de su situación. Para evitar el acceso a la sanidad pública de personas extranjeras que cuentan con su propia cobertura médica en su país de origen se exige la residencia en España desde hace más de 90 días. Los inmigrantes en situación irregular sí contarían con asistencia sanitaria, pero con informe de los servicios sociales dónde se certifica que no cuentan con los requisitos mínimos con las objeciones que se pasan a ver.

Así otro de los colectivos vulnerables son los extranjeros sin permiso de residencia. En este contexto una vez entró en vigor el Decreto Ley 7/2018 se modifica el art. 3 ter de la Ley 16/2003. Así pues el artículo 3 ter en primer lugar señala que “*tendrán derecho a la protección de la salud y asistencia sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, como se establece en el art. 3.1*” A pesar de esta afirmación se deben cumplir una serie de requisitos: “*no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de los dispuesto en el derecho de la UE, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia y no existir un tercero obligado al pago*”.

Esto implica que los extranjeros que se encuentren en España sin permiso de residencia deben probar que los requisitos se cumplen. Si las personas han emigrado de su país de forma irregular les será difícil conseguir esta documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos. No se exige como sí ocurría antes de la reforma del 2012 el requisito de empadronamiento.

El art. 3 ter. 3 indica que para las “*Las CCAA, en el ámbito de sus competencias fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite*

*a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial que encontrándose en España no tengan su residencia legal en territorio español*<sup>1060</sup> En otras palabras El RD Ley 7/2018 delega a las CCAA el procedimiento para la solicitud de asistencia sanitaria a personas que no tuviesen residencia legal. En función de la cartera complementaria que haya en cada CCAA el extranjero recibirá una prestación de asistencia. Además, cada CCAA regulará de forma diferente los requisitos para solicitar y expedir los certificados identificativos de acceso al derecho de asistencia.

Se debe poner de relieve también los casos en los que se debe atender por urgencia, por enfermedad grave o accidente, mujeres embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto y menores de 18 años. El RD Ley 7/2018 suprimió la prescripción que atendía una protección mínima a colectivos de extranjeros especialmente vulnerables. Según lo exigido en el art. 3 ter.2 se puede dificultar el acceso a la asistencia sanitaria, sería necesario una norma de protección especial para este colectivo. El Defensor del Pueblo en su Informe 2021 pone el énfasis que tras esta reforma estos colectivos quedan desprotegidos.<sup>1061</sup>

El RD Ley 7/2018 delega también a las CCAA el procedimiento para la solicitud de asistencia sanitaria a las personas que se encuentren en estancia temporal que será preceptivo la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las CCAA. De esta forma de manera imprecisa y ambigua se ubica el segundo inciso del apartado cuarto del art. 3 ter.

El título del artículo 3 ter versa sobre extranjeros en situación irregular y este inciso hace alusión a la estancia temporal según lo previsto en la LO 4/2000. En estos casos para poder gozar de acceso a la asistencia sanitaria se debe emitir un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las CCAA. Según el movimiento ciudadano “Yo sí, Sanidad Universal”<sup>1062</sup> la administración considera en situación de estancia temporal a cualquier persona en los primeros 90 días en territorio español.

---

<sup>1060</sup> “Artículo primero: modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del SNS”

<sup>1061</sup> Defensor del Pueblo. Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales volumen I. . Pág. 262 disponible en [Informe anual 2021. Volumen I \(defensordelpueblo.es\)](https://defensordelpueblo.es)

<sup>1062</sup> Movimiento ciudadano de base bajo el lema “Yo sí, Sanidad Universal” disponible en <https://yosisanidaduniversal.net/quienes-somos>



Se debe puntualizar que el art. 30 de la LO 4/2000<sup>1063</sup> no ha definido la situación de estancia temporal. Sí ha definido el concepto de estancia en el art. 28 del RD 557/2011: *“Se halla en situación de estancia de corta duración el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un período ininterrumpido o suma de períodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días.”*

En este sentido se corre el riesgo de que por las CCAA se realice una interpretación restrictiva de los requisitos y se pueda exigir por ejemplo el empadronamiento en territorio español por un período de tiempo. Tampoco queda claro lo relativo al período de tiempo por el que se otorgaría el documento identificativo del derecho o su ámbito territorial de validez.<sup>1064</sup>

En el momento de la crisis sanitaria debido a la pandemia del COVID-19 lo transcrito anteriormente ha supuesto que cada CCAA interpretará el acceso a la titularidad del derecho a asistencia sanitaria de manera diferente. Ha habido CCAA que han establecido procedimientos para garantizar la asistencia sanitaria universal y otras que han denegado el informe previo preceptivo para acceder a las prestaciones sanitarias.<sup>1065</sup>

La CCAA de Cataluña<sup>1066</sup> en relación con el requisito de empadronamiento reguló que la asistencia al primer nivel de asistencia sanitaria se otorga desde la fecha de empadronamiento y para acceder al segundo nivel de asistencia sanitaria se exige tres meses inmediatamente anteriores. Las personas menores de 18 años pueden acceder al segundo nivel desde la fecha de empadronamiento.

---

<sup>1063</sup> LO 4/2000 de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social de 11 de enero (BOE del 12) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544> art. 12. (modificado por el RD Ley 16/2012 de 20 de abril.

<sup>1064</sup> DELGADO DEL RINCON, L.E “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el RD Ley 7/2018, de 27 de julio” op. Cit pág. 130.

<sup>1065</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.94-95.

<sup>1066</sup> CatSalut. Instrucció 08/2015 Accés a l’assistència sanitària de cobertura pública del CatSalut als ciutadants estrangers empadronats a Catalunya que no tenen la condició d’assegurats o beneficiarios del SNS.

El primer nivel comprende los programas de interés sanitario del Departament de Salut. De esta forma se tiene derecho a la atención a las drogodependencias, prevención y atención al SIDA/infección por VIH, la prevención y control de las enfermedades de transmisión sexual, el programa de infancia con salud, incluidas vacunaciones, prevención y control de enfermedades transmisibles, el programa de atención de embarazo o la prestación farmacéutica asociada a los programas.

El segundo nivel de asistencia sanitaria comprenderá atención primaria, especializada, psiquiátrica y salud mental, sociosanitaria, farmacéutica, transporte sanitario ordinario y de urgencias, las prestaciones complementarias, rehabilitación y trasplantes. La asistencia urgente se garantiza en todo caso tanto si es el primer nivel como si es el segundo.

Sea como fuere es de indudable urgencia la tramitación parlamentaria del RD Ley 7/2018. El hecho de dejar excluido a determinado colectivo vulnerables no sólo afecta a su salud individualmente considerada sino a la salud pública.<sup>1067</sup> Además, los inmigrantes indocumentados ya de per se ya tienen un menor nivel de salud por cuestiones obvias: falta de información sobre el sistema de salud, diferencias en el idioma, cultura y sobre todo las peores condiciones de trabajo.

El Defensor del pueblo en su Informe de 2021 también advirtió que se terminó el año sin iniciarse la tramitación parlamentaria del proyecto de modificación de legislación sanitaria para solventar las dificultades de acceso a la prestación de asistencia sanitaria a determinados colectivos. Se pretende garantizar la homogeneidad en la efectividad del derecho a la protección de la salud y ampliar los derechos de la población no incluida. En respuesta Ministerial al Defensor del Pueblo por la Dirección General de Cartera Común de Servicios del SNS y Farmacia se indicó la voluntad de reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a el : *“colectivo formado por los ascendientes de nacionalidad extracomunitaria reagrupados por sus hijos con nacionalidad española y que hasta ahora se ven obligados a contratar un seguro de enfermedad, público o privado, para obtener el permiso de residencia en España, lo que les evitaría la necesidad de suscribir un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, que para los*

---

<sup>1067</sup> Idem.

*extranjeros de 65 o más años tiene un coste anual de 1884 euros y no cubre la prestación farmacéutica ambulatoria”.*<sup>1068</sup>

También se pretende “*modificar la redacción del artículo 3 ter de la Ley 16/2003 de 28 de mayo para facilitar el procedimiento para la solicitud y expedición del documento acreditativo, por parte de las CCAA y INGESA a los extranjeros en situación de estancia temporal (menos de 90 días) así como para que la asistencia sanitaria se preste desde el momento de presentar la solicitud*”<sup>1069</sup> Se pone en alerta que se debería regular por Ley el acceso a la asistencia sanitaria a colectivos como las personas solicitantes de protección internacional y las víctimas de trata de seres humanos cuya permanencia y estancia en España estén autorizados por estos motivos.<sup>1070</sup>

Se deberá prestar atención al Proyecto de Ley por el que se modifican diversas normas para consolidar la Equidad, Universalidad, y Cohesión del SNS, remitido a las Cortes Generales por el Consejo de ministros en fecha 14 de junio de 2022.<sup>1071</sup> Por lo que respecta al ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria se reconoce con cargo a los fondos públicos a personas ascendientes reagrupadas si tienen un hijo o hija con derecho en el SNS y no haya tercero obligado al pago.

También se encontrarán dentro del ámbito subjetivo a las personas españolas de origen que residan en el exterior durante sus desplazamientos a España, y a sus familiares. Otros colectivos con derecho a asistencia sanitaria según Proyecto de Ley serían el de las personas solicitantes de protección internacional, personas solicitantes y beneficiarias de protección temporal y las víctimas de trata de seres humanos o explotación sexual. Y a destacar la protección a la salud y asistencia sanitaria de las personas no registradas ni autorizadas como residentes en España, en régimen de igualdad en todas las CCAA.

---

<sup>1068</sup> Informe anual 2021 del Defensor del Pueblo. Pág. 260 y 261.

<sup>1069</sup> Idem.

<sup>1070</sup> Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, disposición adicional cuarta y quinta.

<sup>1071</sup> Vid. La Moncloa “El Gobierno refuerza la equidad y la universalidad del SNS” Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/140622-rp-cministros.aspx> (Consulta junio de 2022)

### 1.3 Sistema Nacional de Salud

La asistencia sanitaria es un auténtico derecho fundamental prestacional. Este fue el motivo de la aprobación de la Ley 14/1986. En efecto se constituye una única organización territorialmente descentralizada. Se reorganiza la asistencia sanitaria mediante el SNS como el conjunto de servicios de salud del Estado y CCAA, “*integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que los poderes públicos han de dispensar para la adecuada protección de la salud*”<sup>1072</sup>. De hecho, el sistema sanitario es el conjunto de sistemas autonómicos y descentralizados, dada la competencia autonómica en la materia.

El Estado en el SNS, como dispositivo único (art. 46.c)) determinará la normativa básica en base al art. 149.1.16 de la CE. La concreción del contenido de la normativa básica queda regulada en el art. 40 de la LGS. De esta forma una vez se haya fijado el contenido mínimo podrán las CCAA establecer requisitos adicionales. La Ley 16/2003 subrayó la “*necesaria cohesión del Estado autonómico*”.

En este sentido reguló mecanismos de cooperación y coordinación de las administraciones públicas en materia de asistencia sanitaria. El fin era y es que las y los ciudadanos gocen de un servicio en condiciones de igualdad en el acceso independientemente de la residencia. Como se ha ido viendo esto no se está reflejando en la realidad. El SNS es un gran hito en el Estado del Bienestar. Sus características lo avalaban: universalidad, calidad, integración y solidaridad. Como todo sistema tiene riesgos que la práctica ha dejado entrever.

Un aspecto criticable es que delante de las crisis económicas, ha tenido una insuficiente financiación y incluso se ha recortado su presupuesto afectando a la calidad y a los principios por los que nació.<sup>1073</sup> En la Ley 16/2003 se regulan los seis ámbitos de colaboración entre las administraciones públicas sanitarias: prestaciones del SNS, la farmacia, los profesionales sanitarios, la investigación, el sistema de información sanitaria y la calidad del sistema sanitario. De esta forma se garantizan la coordinación

---

<sup>1072</sup> Art. 45 de la LGS.

<sup>1073</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.94-95.

y cooperación de las administraciones públicas sanitarias, su calidad y participación en el SNS.

El artículo 56 de la LGS señala que los servicios de salud de las diferentes CCAA delimitaran en su territorio demarcaciones territoriales denominadas áreas de salud. Son las estructuras fundamentales del sistema sanitario encargadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos sanitarios. La LGS desarrolla con carácter básico los deberes y derechos de las y los ciudadanos en general en relación con la sanidad entre ellos: derecho al respeto a la dignidad, información sobre los servicios sanitarios, a la confidencialidad de toda información, a la asignación de doctora o doctor o entre otro derecho a elegir médico.

### ***1.3.1. Catálogo de prestaciones y cartera de servicios***

Con el fin de dotar de contenido al art. 43 de la CE se provee a los poderes públicos de una serie de prestaciones y servicios para proteger la salud de las personas. La técnica utilizada es la del catálogo. Se definen los elementos comunes a todo el sistema, la oferta de servicios públicos sanitarios y las condiciones que tendrán que reunir las personas beneficiarias para tener acceso a los mismos. Se inspira en los principios de equidad, coordinación y cohesión de los servicios sanitarios. Las CCAA pueden complementar el catálogo básico, por lo que no se garantiza la uniformidad de los servicios sanitarios de las diferentes CCAA. El Estado solo garantizará las bases y coordinación en materia sanitaria.<sup>1074</sup>

La organización territorial descentralizada del modelo sanitario, no obstante, el principio de equidad que propugna la Constitución tiene sus fragmentaciones tanto en el acceso a la prestación, contenido, financiación, como en la gestión. Con relación a esto la LGS ya afirmó: que la transferencia de los servicios de salud a las CCAA era susceptible de agravar las “*dificultades organizativas tradicionales*”. De esta forma se previó “*la coordinación y en su caso la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único*” (art. 46 c)). el SNS.<sup>1075</sup>. Resulta imprescindible traer a colación el artículo 138.2 de la CE: “*Las diferencias de entre los estatutos de las*

---

<sup>1074</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. 102.

<sup>1075</sup> MONTOYA MELGAR, A. “Equidad y universalidad en la sanidad pública”. Op cit pág. 20.

*distintas CCAA, no podrán implicar en ningún caso, privilegios económicos o sociales*". Y el artículo 139.1 de la misma norma dónde indica que *"todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado"*.

Debido al temor a que hubiese desigualdades según CCAA la LGS regula en el Capítulo IV Título III la *"Coordinación General Sanitaria"* para fijar objetivos comunes. No obstante, la política de salud se ha de basar en superar los desequilibrios sociales y territoriales (art. 3.3 de la LGS). Por lo que no se debe conculcar los derechos fundamentales y protección de la salud de las y los ciudadanos y además al mismo tiempo se debe respetar el ámbito competencial diseñado por la CE.<sup>1076</sup> Como objetivo la Ley se marca el perfeccionamiento del SNS con la correspondiente *"cohesión del Estado autonómico"*.

Recibir un servicio sanitario *"en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de residencia"*. La Ley no podía pretender la uniformidad de los servicios sanitarios, dado que la CE atribuye en exclusiva al Estado *"las bases y coordinación general de la sanidad"* En este sentido se admiten carteras de servicios complementarias de las CCAA cuando haya *"suficiencia financiera"*.

Tanto por parte del Gobierno como de la Administración se deben dictar planes comunes. Para proteger la no fractura del sistema sanitario público se promulgó la Ley 16/2003<sup>1077</sup>. Ésta por su parte reconoce que la proximidad de la asistencia sanitaria a ciudadanos y ciudadanas proporciona garantías en cuanto a *equidad, calidad y participación*<sup>1078</sup> aunque también hay riesgos de descoordinación.

La Ley 16/2003 subraya además que las políticas de salud deberían estar orientadas a la *"superación de los desequilibrios territoriales y sociales"* (artículo 3.3) complementado por el artículo 12 dónde se expresa que las políticas de gasto sanitario deben orientarse a *corregir desigualdades sanitarias y garantizar la igualdad de acceso a los Servicios Sanitarios Públicos en todo el territorio español*".

---

<sup>1076</sup> DÍAZ AZNARTE, MT. "La estructura de gestión de la asistencia sanitaria en España. Descentralización y papel de las CCAA" en AAVV. Salud y Asistencia Sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. MONERO PÉREZ, JL, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA, MN, VILA TIERNO, F, ÁLVAREZ TORNES, JC. (directores), pág. 433.

<sup>1077</sup> Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, (BOE del 29 de mayo).

<sup>1078</sup> Exposición de motivos de la Ley 16/2003.

A pesar de todo la CE ampara la heterogeneidad de la cartera de servicios, sino se hubiese otorgado competencia exclusiva en sanidad al Estado. El TC en su sentencia 124/1989 manifiesta que en materia de Seguridad Social sí se otorga la competencia exclusiva (unidad del sistema y unidad de su regulación) al Estado y se intenta garantizar la unidad, a diferencia del artículo 149.1.16.<sup>1079</sup>

El TC ha señalado que la CE ha atribuido al Estado las condiciones básicas que garanticen los derechos y libertades constitucionales. Éstas se refieren al contenido primario del derecho, no a que se deba garantizar la igualdad en cualquier parte del territorio nacional, ya que sería incompatible con el Estado de las Autonomías. El TC en sentencia de 10 de junio de 2004 señala en concreto que los precios de referencia de las especialidades farmacéuticas es el mínimo común denominador exigible en todo el territorio español y condición básica para las y los ciudadanos en el ejercicio de un derecho constitucional como el derecho a la protección de la salud.<sup>1080</sup>

En la STC 71/2014 se argumenta que no resulta compatible el establecimiento de una tasa por parte de las CCAA en el precio de los medicamentos. La competencia básica del Estado alcanza a su régimen de financiación, lo que impide el establecimiento de una tasa. El uso de la receta electrónica no es un servicio accesorio con valor añadido en los términos que se defendía por la Generalitat de Catalunya para la aplicación de una tasa. Las CCAA pueden mejorar el nivel mínimo estatal pero no empeorarlo. Se declaró inconstitucional el art. 41 de la Ley de Cataluña 5/2012 que establecía que *“la tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación”*<sup>1081</sup>

---

<sup>1079</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 7 de julio de 1989 124/1989. Disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1330>

<sup>1080</sup> TC. Sentencia de 10 de junio de 2004 98/2004 (BOE de 10 de junio de 2004) disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/5103>

<sup>1081</sup> Tribunal Constitucional. Sentencia de 6 de mayo de 2014 (71/2014 BOE de 4 de junio de 2014) disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23957>

La Ley 16/2003<sup>1082</sup> ordena y sistematiza las atenciones y prestaciones sanitarias directas y personales del SNS de acuerdo con los principios básicos de la LGS: universalización del derecho a la asistencia sanitaria, garantía de igualdad sustancial de toda la población en relación a la prestación sanitaria sin discriminación, eficacia, economía, racionalización, organización, coordinación e integración de los recursos sanitarios públicos, determinación de fines u objetivos mínimos comunes, homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público y la reclamación del coste de los servicios prestados siempre que haya un tercero obligado al pago.

El catálogo de prestaciones se define en el art. 7 de la Ley 16/2003: conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a ciudadanas y ciudadanos, comprendiendo como modo de actuación las prestaciones de “*salud pública, atención primaria, especializada, sociosanitaria, urgencias, prestaciones farmacéuticas, ortoprotésica, productos dietéticos y el transporte sanitario*”<sup>1083</sup>. Equidad, cohesión y coordinación sanitaria son los principios del catálogo de prestaciones del SNS para “*garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral*”

El catálogo de prestaciones traza las distintas categorías de prestaciones sanitarias. Afirma MONEREO que caracterizado el derecho a la salud como derecho fundamental se debería poder afirmar la prevalencia de la racionalización social sobre la económica. Se ha de encontrar el punto medio entre la viabilidad del sistema y la suficiencia y calidad de las prestaciones.<sup>1084</sup> No se puede mantener una visión estática e inamovible del catálogo de prestaciones. El objetivo final debe ser llegar a ofrecer una asistencia integral con una atención eficaz y de calidad.<sup>1085</sup> En este sentido la estrecha conexión entre la pérdida de la salud durante la pandemia del COVID- 19 y la “vulnerabilidad social”. Ésta hace referencia a la escasez de recursos tanto puede ser en el ámbito social,

---

<sup>1082</sup> Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10715>

<sup>1083</sup> Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-10715>

<sup>1084</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. “La salud como derecho humano fundamental” op. Cit. págs. 53-88 Concretar página

<sup>1085</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.103.



material o emocional<sup>1086</sup>. Las medidas de restricción aplicadas para disminuir los contagios tampoco han actuado por igual en todos los sectores de la población. Por eso para entender de hecho la pandemia se deben aplicar criterios de equidad tanto en la “prevención, diagnóstico, tratamiento y recuperación frente a la misma”.<sup>1087</sup>

De manera que en el artículo 8 de la Ley 16/2003 se contempla la Cartera común de servicios del SNS. Se regula como “el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.”. Este catálogo fue desarrollado por el RD 1030/2006<sup>1088</sup> dónde se estableció el contenido de la cartera de servicios comunes y donde se concretan las técnicas, tecnologías o o procedimientos mediante los cuales se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.<sup>1089</sup> Se divide en “básica, suplemenaria y servicios accesorios”. (art. 8.2 de la Ley 16/2003)

### ***1.3.2 Modalidades de la cartera común de servicios***

La cartera común básica de servicios asistenciales del SNS comprende las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitaciones realizadas en centros sanitarios o sociosanitarios. También se incluirá el transporte sanitario urgente. El contenido se fija por el Consejo Interterritorial del SNS. (art. 20 de la Ley 16/2003 y art. 8 del RD 1030/2006). Se han producido diversos avances tecnológicos en sanidad, descuidando la inversión en asistencia primaria, calificada como la “hermanitat pobre”.

<sup>1090</sup>

La cartera común suplementaria tiene dos características se realiza mediante dispensación ambulatoria y está sujeta a la aportación del usuario. Se incluye la

---

<sup>1086</sup> Ministerio de Sanidad. Equidad en Salud y COVID-19 “Análisis y propuestas para abordar la vulnerabilidad epidemiológica a las desigualdades sociales” Madrid, 2020.

<sup>1087</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.104-

<sup>1088</sup> Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización.

<sup>1089</sup> Hasta la aprobación del RD 1030/2006 de 15 de septiembre se aplicaba el RD 63/1995 de 20 de enero. Actualmente derogado a excepción de su DA cuarta en tanto desarrolla el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria.

<sup>1090</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.105.

prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y los productos dietéticos. Así las cosas, el transporte sanitario no urgente también se incluiría dentro de la cartera común suplementaria. En este caso debe estar sujeto a prescripción facultativa por razones clínicas y con aporte de las y los usuarios según lo determinado en la prestación farmacéutica.

Tendrían la consideración de cartera común de servicios accesorios del SNS las prestaciones que no se considerasen esenciales, sin carácter de prestación, que no fuesen de apoyo para una patología crónica. De esta forma están sujetas a aportación y reembolso por parte de las personas usuarias. Esta prestación se rige por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica.

Por su parte las CCAA pueden aprobar su cartera de servicios complementaria. Estos deben reunir *“los mismos requisitos establecidos para la incorporación de nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos a la cartera común de servicios y no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de la Salud”* (art. 8 quinquies. 4 de la Ley 16/2003. Se puede observar que estos servicios complementarios podrían poner en entredicho el artículo 139.1 de la CE.<sup>1091</sup>

En el art. 20.3 de la Ley 16/2003 se establece que no se incluirán en la cartera común de servicios que tendría que desarrollar el catálogo de prestaciones las *“técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de la vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no estuviera suficientemente probada.”*

También expresa el art. 21.5 de la Ley 16/2003 que se producirá la exclusión en los casos de *“evidenciarse su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable, haber perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico, no dejar de*

---

<sup>1091</sup> En Cataluña se pueden ver las prestaciones complementarias en este enlace de la Generalitat de Cataluña <https://catsalut.gencat.cat/ca/serveis-sanitaris/prestacions-complementaries/> (consultado abril 2020)

*cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente”* A lo largo de los anexos del RD 1030/2006 se excluyen de la cartera de servicios del SNS distintas prestaciones.

El art. 5.4 del RD 1030/2006 complementa lo indicado por la Ley. Se excluye de la cartera de servicios comunes las técnicas o procedimientos que se encuentren en fase de investigación clínica, las que no guarden relación con la enfermedad, accidente o malformación congénita, las que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios, o centros residenciales y otras similares, realización de reconocimientos y exámenes o pruebas biológicas voluntariamente solicitadas o realizadas por interés de terceros.<sup>1092</sup>

El contenido de la prestación de atención sociosanitaria se debía regular por una norma que fijase los servicios correspondientes a cada prestación, entre ellas la sociosanitaria. La cartera de servicios sociosanitaria no fue desarrollada ni por la Ley 16/2003 ni por el RD 1030/2006. Sería inmensamente necesario potenciar los servicios sociales, centros de atención primaria y Oficinas de Farmacia. Y así de este modo pasar de una atención basada en el modelo recursos un modelo de atención según necesidades de los ciudadanos.

Lo que es una rabiosa realidad es que el modelo de atención de las personas discapacitadas, sean o no dependientes son un amplio colectivo que necesitan no pocos recursos para mantener la calidad de vida. Por este motivo los sectores sanitario y social deben ir inevitablemente en coordinación. Más si cabe en que debido al incremento de la esperanza de vida se espera un crecimiento de las enfermedades crónicas. El sistema debería atender tanto a pacientes agudos como a pacientes con enfermedades crónicas.<sup>1093</sup> En este sentido durante la pandemia del COVID-19 lo ocurrido en las residencias de las personas ancianas ha sido un drama y merecen una reflexión político-jurídica.

---

<sup>1092</sup> HIERRO HIERRO, FJ “La prestación por asistencia sanitaria. Cuestiones sobre su encuadramiento” Editorial Iustel Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social núm. 31 de 2012. FALTA PÀG.

<sup>1093</sup> DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ, T. “El Sistema Nacional de Salud, Análisis y Reflexiones” en AAVV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* CAYO PÉREZ, L. LORENZO GARCÍA, R. (coordinadores) Editorial: Laborum, Murcia pág. 919.

En este sentido un colectivo de personas vulnerables y merecen respeto y un trato social y sanitario de calidad. Las grietas en el sistema de dependencia han tenido su visibilización durante la pandemia Por lo que como expone DÍAZ AZNARTE se debe poner el foco en trabajar en un “*interés colectivo sanitario*”, dónde se atienda tanto a la prevención como a la curación de la enfermedad.<sup>1094</sup>

Señalar a modo de mención que el Proyecto de Ley por el que se modifican diversas normas para consolidar la Equidad, Universalidad, y Cohesión del SNS. En éste se establece como competencia de la Administración General del Estado la cartera única común de servicios, para recuperar todas las prestaciones públicas y evitar copagos.<sup>1095</sup>

### ***1.3.3 Tiempos máximos de acceso a las prestaciones del SNS***

Para una efectiva y real protección de la asistencia sanitaria el tiempo es un factor determinante. Lo contrario podría derivar en un diagnóstico tardío y que no se pudiese atender a tiempo su curación. Es el artículo 25 de la Ley 16/2003 el que señala que será en el Consejo Interterritorial dónde se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del SNS.

Son las CCAA las que definirán los tiempos máximos lo que lleva a tambalear el principio de homogeneidad. Se excluyen “*las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe*”. Los tiempos de espera en las diferentes CCAA es diferente, por lo que la protección a la salud quedará garantizada dependiendo del lugar de residencia.

<sup>1096</sup>que a las y los ciudadanos se les transmite un mensaje de que la espera deriva de un problema de recursos, cuando es un problema de gestión. Ponen en alerta que las listas de espera en ocasiones pueden producir beneficio así que un paciente decida no proceder a su intervención quirúrgica. Fue primero el RD 605/2003 de 23 de mayo, por

---

<sup>1094</sup> DÍAZ AZNARTE, MT. “La estructura de gestión de la asistencia sanitaria en España. Descentralización y papel de las CCAA”, op. cit pág. 431.

<sup>1095</sup> La Moncloa. 14 de junio de 2022 Vid.

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/140622-rp-cministros.aspx>

<sup>1096</sup> MORENO ALEMAN, J. ALBELDA DE LA HAZA, M.L “Acceso a las prestaciones sanitarias ¿Igualdad efectiva de los asegurados del SNS?” Universidad de Castilla La Mancha *Revista CESCO de Derecho de consumo* número 8/2013

el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el SNS<sup>1097</sup>

Con posterioridad el RD 1039/2011 de 15 de julio, con naturaleza jurídica de legislación básica y común en materia de garantías de tiempos máximos de acceso para todo el SNS. Sólo se refiere a intervenciones quirúrgicas, así entre otras se establece un plazo máximo de 180 días para prótesis de caderas.

En la CCAA de Cataluña se deben tener en cuenta el Decreto 354/2002<sup>1098</sup> y la Orden SLT/102/2015. En el Decreto citado se establecen los términos máximos de acceso de las personas usuarias que tienen derecho a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servei Català de la Salut a los procedimientos quirúrgicos establecidos en su anexo dentro de los Centros de la Xarxa Hospitalària d'utilització pública (XHUP)

Las y los pacientes tienen un derecho subjetivo cuando se encuentran en listas de espera por un procedimiento quirúrgico, lo que entronca más con el derecho a la protección de la salud como derecho fundamental. El Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña también estableció necesario que el acceso al resto de prestaciones sanitarias a cargo del Servei Català de la Salut se ajustaran a unos términos de referencia. Se regularon los tiempos máximos de referencia de intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas, consultas de atención especializada y consultas programadas de atención primaria.

De esta forma los términos de referencia de la atención en consultas programadas de atención primaria son de 48 horas “*sujeto a las condiciones de trabajo de cada equipo de atención primaria*”. En el anexo I se establecen las definiciones de los niveles de prioridad que determinará el término de referencia. Se puede poner como ejemplo una consulta externa de atención especializada de prioridad ordinaria el término de referencia son 90 días. El mismo plazo que para una prueba diagnóstica de prioridad

---

<sup>1097</sup> RD 605/2003 de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el SNS (BOE de 5 de junio de 2003).

<sup>1098</sup> Decreto 354/2002, de 24 de diciembre por el cual se establecen los términos máximos de acceso a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servei Català de la Salut. (DOGC 8 de enero de 2003) Disponible en <https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/d/2002/12/24/354>

ordinaria. El término de referencia de una intervención quirúrgica de prioridad baja el término alcanza al año.

Estos plazos con sus diferentes niveles de prioridad son aplicados a colectivo de personas pensionistas, desempleadas, o trabajadoras percibiendo la prestación de subsidio por incapacidad temporal por contingencias comunes. En este último caso, el plazo máximo de duración son quinientos cuarenta y cinco días desde la baja médica en base a lo establecido en el artículo 174 de la LGSS. En cualquier caso, si se continua la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación se podrá prorrogar la IT hasta los 730 días naturales. No obstante, como señala el artículo 174 de la LGSS si se continua la necesidad de tratamiento médico podría continuar la IT hasta los 730 días naturales.

Desde que se inicia una baja médica por contingencias comunes y empieza a computar el término de días naturales, hasta que se obtiene las pruebas diagnósticas y las visitas a los médicos especialistas se puede fácilmente alargar a un año. Así las cosas, la persona trabajadora y además paciente deben para poder proteger su derecho a la salud soportar períodos de baja demasiado largos o complementar su protección con pruebas realizadas en la asistencia sanitaria privada. La persona trabajadora se encuentra con la disyuntiva de solicitar la alta voluntaria por miedo a perder su empleo o continuar de baja y proteger su salud. Hasta el momento el coste para el o la empresaria de despedir era el pago de la indemnización por despido improcedente. Se deberá esperar la casuística judicial después de la reciente entrada en vigor de la Ley 15/2022 Integral para la Igualdad de trato y no discriminación.<sup>1099</sup>

#### **1.4 La coordinación sanitaria entre CCAA y los desplazados**

Uno de los principios del SNS es el de coordinación y también el de cooperación entre las administraciones públicas sanitarias. (art. 2 c) de la ley 16/2003, en el mismo sentido art. 3.2 y 3 de la LGS) El término desplazado/a siguiendo a BURRIEL se refiere a *“aquellas personas que solicitan o necesitan atención sanitaria en un área de salud diferente a la suya, dentro o fuera de la CCAA donde tienen su domicilio o residencia*

---

<sup>1099</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. (BOE de 13 de julio) Entrada en vigor 14 de julio Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

*habitual*”. No obstante, no en todas las CCAA se tiene la misma definición de desplazado/a.<sup>1100</sup>

Se debe hacer referencia al artículo 4 de la Ley 16/2003 dónde se prescribe dónde se indican los derechos comunes a todas las personas beneficiarias del SNS. Lo que se señala es que se puede solicitar y recibir una segunda opinión facultativa así recibir la asistencia sanitaria en la CCAA en un tiempo máximo de tiempo. En concreto para la persona desplazada a otra CCAA recibir las mismas prestaciones sanitarias y en las mismas condiciones que si fuésemos personas ciudadanas en esa CCAA.

Un obstáculo a estas prescripciones es la dificultad del traslado de expedientes clínicos de una CCAA a otra con los perjuicios a la salud que esto causa. En el artículo 57.2 de la Ley 16/2003 se señala que en las tarjetas sanitarias individuales<sup>1101</sup> podrían tener incorporados dispositivos individuales para almacenar la información básica de la persona beneficiaria. Actualmente aún no se ha llevado a cabo este gran avance que facilitaría sin duda la protección a la salud. Además el art. 56 de dicha Ley se declara un fin *”con el fin de que los ciudadanos reciban la mejor atención sanitaria posible en cualquier centro o servicio del SNS...”* prescripción importantísima en momentos de pandemia *“El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá un procedimiento que permita el intercambio telemático de la información.”*

La historia clínica digital es un sistema para mejorar la calidad y eficiencia de todas las personas que formen parte del SNS. La realidad es que cada CCAA tiene un sistema operativo diferente. Las historias clínicas se han digitalizado, pero no se dispone de un sistema centralizado con las historias de todos y todas las pacientes. Así lo que ocurre es que si alguna persona cambia de residencia a otra CCAA debe solicitar el historial

---

<sup>1100</sup> BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P. “Los desplazamientos por el territorio del Estado. La coordinación en materia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud. Las CCAA y la asistencia sanitaria a personas desplazadas” en AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* Tomo I MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021pág. 703.

<sup>1101</sup> RD 183/2004 de 30 de enero (BOE del 12 de febrero) por el que se regula la tarjeta sanitaria individual disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-2591>

clínico en soporte físico, lo que ralentiza sobremanera la atención eficaz. Para más inri ni la receta electrónica es inter-operativa entre CCAA.<sup>1102</sup>

En la CCAA de Cataluña la Orden SLT/330/2015<sup>1103</sup> regula el contenido y el modelo de la tarjeta individual. Tienen derecho a solicitarla las y los beneficiarios del SNS empadronados en territorio catalán. También hace mención en su disposición adicional tercera de un documento específico para las personas extranjeras que no tuvieran la condición de aseguradas. En el caso de personas desplazadas no hay regulación concreta y específica. Sólo en la página web de la Generalitat de Catalunya<sup>1104</sup> se dirige a aquellas a que vayan a los centros de salud y allí recibirán asistencia sanitaria.

En efecto, las personas desplazadas de otras CCAA para estancias temporales pueden recibir asistencia sanitaria en Cataluña si presentan su tarjeta sanitaria de su CCAA de origen, también podrían solicitar la tarjeta sanitaria de desplazado. La protección de la salud requiere agilidad, no que dependa de trámites burocráticos. Así mencionar que para hospitalizaciones no urgentes se debe solicitar previamente la derivación del hospital de referencia y la posterior autorización del Servei de Salut. Ciertamente, estamos hablando de personas dadas de alta en un único SNS, la pregunta debería ser si no está fallando la coordinación. A este respecto sí es bienvenida que la receta electrónica tenga su validez para dispensar la medicación en todo el territorio nacional.

## 1.5 La salud comunitaria

La Ley 33/2011<sup>1105</sup> (LGSP) regula la salud comunitaria “*La salud pública es el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad, así como para proteger, promover, y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales*”. Su objetivo es la equidad que considera un medio para alcanzar la salud de las personas y la disminución de las

---

<sup>1102</sup> BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P. “Los desplazamientos por el territorio del Estado. La coordinación en materia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud. Las CCAA y la asistencia sanitaria a personas desplazadas” op. Cit pág. 709.

<sup>1103</sup> Orden SLT/330/2015 de 20 de octubre

<sup>1104</sup> CatSalut.Servei Català de la Salut. Disponible en <https://catsalut.gencat.cat/ca/coneix-catsalut/acces-sistema-salut/desplacaments/de-fora-cap-a-catalunya/>

<sup>1105</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623>



desigualdades sociales en materia de salud. Además señala que los informes públicos con impacto sobre la salud de la población tengan también presente el principio de equidad. Y se deberán también complementar con la atención a las necesidades de las personas con discapacidad.<sup>1106</sup>

Es una Ley amplia, cuenta con 61 artículos, 7 disposiciones adicionales, 1 derogatoria y 6 Finales. Así pues la LGSP se entendió como la corrección de la legislación anterior y extendió el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita “*a todos los españoles residentes*” a los que no pudiera serles garantizada en aplicación de otras normas.<sup>1107</sup> Para las personas que hubiesen agotado la prestación o el subsidio lo sería a partir de 1 de enero de. Así pues, la LGSP se entiende como la corrección de la legislación anterior y se extendió el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita “*a todos los españoles residentes*”.

Se pasa de reconocer cuidados sanitarios frente a enfermedades a ordenar y coordinar las actividades de asistencia sanitaria, se incide en la prevención y promoción de la salud. Es decir, el enfoque de la salud como inversión. Se centra en asegurar niveles de salud y autonomía. Sobretudo en las nuevas realidades laborales y sociales como el envejecimiento de la población. Eso sí sin olvidar otro tipo de realidades que aún persisten como las minorías étnicas.

En efecto es el art. 6 de la Ley 33/2011 el que reconoce el derecho a la igualdad y el que regula este derecho en las actuaciones de salud pública. También regula la prohibición de las diferencias de trato y discriminaciones. El derecho a la igualdad señala debe constar en la cartera de servicios básica y común, así como en el calendario único de vacunación y en la oferta única de cribados poblacionales.

Además del principio de equidad el resto de los principios que enumera el artículo 6 de la LGSP son: el de salud, pertinencia, precaución, evaluación, transparencia,

---

<sup>1106</sup> MONTOYA MELGAR, A. “Equidad y universalidad en la sanidad pública”. Op cit pág. 23.

<sup>1107</sup> LGSP disposición adicional sexta. “*Esta extensión tendrá como mínimo el alcance previsto en la cartera de servicios comunes del SNS. se hace sin perjuicio de la exigencia de la correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia*”. Hay que añadir que no se modificó el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por MUFACE, MUJESU o ISFAS, que mantenían su régimen jurídico específico.

integralidad y seguridad. Las y los ciudadanos tienen derecho a la información sobre sus derechos, derecho de participación en las organizaciones en que se agrupen, derecho a la igualdad, intimidad, confidencialidad, respeto a la dignidad. En contrapartida las y los ciudadanos tienen derecho al deber de colaboración y comunicación.

La LGSP regula también la vigilancia en la salud pública: *“el conjunto de actividades destinadas a recoger, analizar, interpretar y difundir información relacionada con el estado de la salud de la población y los factores que la condicionan, con el objeto de fundamentar las actuaciones de salud pública”* Como factores a tener en cuenta se tendrán en cuenta entre otros los riesgos relacionados con el trabajo y sus efectos en la salud o las enfermedades transmisibles, incluyendo zoonosis y enfermedades emergentes.

Se subraya la promoción en actuaciones como las condiciones sociales, laborales, ambientales y económicas para favorecer la salud individual y colectiva. Por su parte la promoción tiene como objetivo reducir las enfermedades, las lesiones y discapacidades. Se establecerá una coordinación entre el desarrollo integral de los programas de prevención y promoción y las estructuras de salud pública.

La LGSP se refiere también a la protección de la salud como *“el conjunto de actuaciones, prestaciones y servicios dirigidos a prevenir efectos adversos que los elementos y procesos del entorno, agentes físicos, químicos y biológicos puedan tener sobre la salud y el bienestar de la población”* Así pues se someten a análisis los riesgos de la exposición de las personas al entorno en el que viven, en relación con lo que pueda afectar a las personas el bienestar físico, mental o social.

En los artículos 32 y 33 de la LGSP se pone de relieve la salud laboral. El objetivo es conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de las personas trabajadoras en su entorno laboral. Se realiza de forma coordinada con los empresarios y los representantes de los trabajadores y la autoridad laboral. Se tendrá en cuenta la promoción de la salud integral de las personas trabajadoras, la vigilancia de la salud, desarrollo y actuación de la prevención de riesgos y promoción de la información y consulta y participación en programas y actuaciones en el campo de la salud laboral.

El artículo 32 de la Ley 32/2011 General de Salud Pública establece que *“la salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo”*.

Tal definición trae su origen en la concepción de salud pública manejada por la OMS, que fue trasladada al ámbito laboral por la OIT en 1953. Objetivo reiterado en la Recomendación 112 (1959) de la OIT y resumida en 1980 por la OMS en el sentido de que el objetivo de la salud ocupacional estriba en el control de los riesgos laborales para la salud, para proteger y promover la salud de la población trabajadora y promover la humanización del trabajo.

Con posterioridad el comité mixto OIT/OMS establecerá que la salud ocupacional está dirigida a promover y mantener el más alto estado de bienestar físico, mental y social de las y los trabajadores en todas las profesiones, protegerlos en su empleo contra los riesgos resultantes de agentes nocivos para la salud, colocar y mantener al trabajador en un empleo acorde con sus aptitudes fisiológicas y psicológicas y en resumen adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su trabajo.

Se reitera el principio de igualdad también en el artículo 25 de la Ley 33/2011: *reducción de desequilibrios sociales y territoriales*”. En esta dirección el artículo 35 señala que las administraciones públicas evaluarán el impacto en salud de las políticas tanto sanitarias como no sanitarias y detectar las desigualdades sociales en salud. La finalidad de la equidad está también regulada en leyes como el RD 81/2014 sobre asistencia sanitaria transfronteriza o el RD 605/2003 sobre tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el SNS, basado en unos *“indicadores básicos y comunes”* y el RD 1030/2006 que insiste en la igualdad efectiva con independencia del lugar de territorio nacional en que se encuentren los usuarios del sistema.

Hay que destacar también el Observatorio de salud *“órgano colegiado de asesoramiento y consulta”*, una de sus funciones es *“promover actuaciones tendentes a la consecución*

*de la equidad de la salud*<sup>1108</sup> No se ha realizado la constitución efectiva del mismo. Por su parte el Observatorio de Salud de las Mujeres fue suprimido por la Ley 15/2014, pero continuó realizando sus funciones por no desarrollo reglamento del Observatorio de la Salud.<sup>1109</sup>

## **1.6 El Sistema Nacional de Salud y la sanidad privada**

Se debe partir de la inevitable relación entre el reconocimiento subjetivo a las prestaciones sanitarias y el deber público de satisfacer éstas. Por tanto, el derecho a la prestación sanitaria es un derecho social. Es el estado el que tiene el deber de garantizar unos niveles razonables de salud. La ley 33/2001 se aplica a los sujetos privados.

El art. 43 de la CE no impone que la organización de los servicios sanitarios tenga carácter público o privado, aunque la naturaleza pública debe quedar salvaguardada. Tampoco la LGS establece una técnica de gestión de la sanidad. Aunque fundamentalmente incorpora un modelo de organización basado en la gestión directa de tradición en las instituciones de la seguridad social. Mediante el RD ley 10/1996 (transformado en la Ley 15/1997) se estableció que la organización de los centros sanitarios se podía llevar a cabo directa o indirectamente por cualquier entidad admitida en derecho, como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica.

En este sentido, la Ley 15/1997<sup>1110</sup> advierte que la gestión privada no podría suponer una privatización de este servicio público “*garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público*”. En efecto la prestación de asistencia sanitaria tiene el carácter de prestación no contributiva (art. 86.2 b) de la LGS) integrada en el sistema de

---

<sup>1108</sup> Previsto en el artículo 63 de la Ley 16/2003 en la nueva redacción dada por el artículo 19 de la Ley 15/2014 de 16 de septiembre. 4.

<sup>1109</sup> Se crea de nuevo por la Orden PCI/462/2019 de 17 de abril (BOE 23 de abril de 2019).

<sup>1110</sup> Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. (BOE de 26 de abril). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-9021>

Seguridad Social. Se financia a través de los presupuestos generales del estado, con la excepción de las contingencias profesionales.<sup>1111</sup>

Es a partir de la Ley 15/1997 que se crea una organización formada por estructuras públicas, privadas y mixtas en la gestión sanitaria.<sup>1112</sup> Esto representa un riesgo para el principio de coordinación que ha de amparar el SNS y para poder preservar la titularidad pública de la competencia sanitaria. Inicialmente la intervención privada se realizó para llegar dónde no llegaba la intervención pública para la prestación del servicio de asistencia sanitaria. De este propósito inicial se pasó a procurar la eficiencia y eficacia del gasto público para conseguir la sostenibilidad financiera.<sup>1113</sup>

Durante la pandemia del COVID-19 el desbordamiento de los servicios públicos sanitarios provocó la necesidad de acudir a entidades sanitarias privadas. Así por ejemplo en Andalucía se recurrió a la sanidad privada no sólo para los enfermos de COVID-19 sino para otras y otros pacientes con otras patologías que no podían ser atendidos en la red de centros públicos andaluces.<sup>1114</sup>

Sea como fuere el SNS es un sistema sanitario de naturaleza pública. Los principios que le alumbran son el de financiación pública, universalidad, equidad corrección de desigualdades y participación social, orientada hacía la mejora de la calidad, la innovación y la cohesión. Las diferencias en prestaciones entre las diferentes CCAA podrían hacer peligrar el principio de equidad, aunque no deja ser el resultado del estado autonómico.<sup>1115</sup>

Lo que ocurre cuando hay insuficiencia económica en el sector público tiene sus consecuencias perjudiciales hacía usuarios, pacientes, fabricantes, proveedores. Lo que conlleva un riesgo en la calidad asistencial pública y sostenibilidad de las compañías y sus inversiones. DÍAZ pone de manifiesto que por parte de sectores y agentes se llegó

---

<sup>1111</sup> Ley 49/1998 de 30 de diciembre, de PGE para el año 1999. A partir de este momento las prestaciones sanitarias dejaron de sufragarse con cotizaciones sociales De esta forma se desvincula la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

<sup>1112</sup> El RD 29/2000 de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, concretó la habilitación efectuada por la Ley 15/1997.

<sup>1113</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.100.

<sup>1114</sup> MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” op. Cit. Pág.101.

<sup>1115</sup> DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ, T. “El Sistema Nacional de Salud, Análisis y Reflexiones” op. cit. 909.

a un Pacto por la Sanidad para contribuir de forma eficaz y duradera a la sostenibilidad y eficiencia del SNS.<sup>1116</sup>

Actualmente el SNS y más después de la experiencia acumulada por la pandemia se enfrenta a retos importantes: las enfermedades crónicas, el envejecimiento de la población, poner en el centro de atención al paciente, la incorporación de nuevas tecnologías, potenciar la investigación, reordenación de recursos humanos y priorizar a la atención primaria.

Es conveniente abordar la importancia y relevancia del sector privado en la protección de la asistencia sanitaria en España. Los agentes privados tienen su importancia tanto como proveedores y prestadores de bienes y servicios y también como colaboradores para garantizar la calidad y eficiencia. La sanidad privada tiene su origen en la libertad de empresa aunque complementa el SNS con la asistencia que presta (descongestiona el sistema público y a la vez asume gastos que de otra forma debería asumir el SNS).

Hay diferentes modelos de gestión del sector sanitario en la prestación de la asistencia sanitaria: para pruebas y procedimientos diagnósticos, para prestaciones sanitarias como la diálisis, para la concertación de la asistencia sanitaria pública en una determinada zona, o para el uso quirófanos.

Si se tiene en cuenta la Mutualidad de funcionarios (MUFACE)<sup>1117</sup>, abarca a 1, 3 millones de funcionarios que son atendidos en la sanidad privada. Sólo se debe pensar que si estas funcionarias y funcionarios pasasen a depender de la sanidad pública el colapso sería casi inminente.<sup>1118</sup> Como apunte señalar que los funcionarios públicos civiles y militares se consideran incluidos en su régimen especial como señala el artículo 10 de la LGSS. Se regirá por las leyes específicas dictadas al efecto. No deja de

---

<sup>1116</sup> DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ, T. “El Sistema Nacional de Salud, Análisis y Reflexiones” op. cit pág. 910.

<sup>1117</sup> RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios Civiles del Estado (BOE núm. 154) Organismo público dependiente del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. artículos 9 y ss.

<sup>1118</sup> Idem.

ser un régimen excepcional ya que no se señala como en otros regímenes especiales que se debe tender a la máxima homogeneidad con el Régimen General.<sup>1119</sup>

Si el SNS fuese responsable de asumir la protección de la salud de todas y todos los españoles se pondría en peligro su subsistencia.<sup>1120</sup> Según los datos del Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (IDIS), si el colectivo que hoy acoge MUFACE pasase a la Seguridad Social aumentaría el coste sanitario en 800 millones de euros.<sup>1121</sup> A pesa de esta afirmación se trabaje o no para la administración del Estado, no deja de ser una diferenciación que se escapa a la unidad y igualdad.

Con todo a nadie se le escapa que después de los estragos causados por la pandemia en el sistema público la gran beneficiada ha sido la asistencia privada. Se debería pensar si se corre el riesgo de mercantilizar la asistencia sanitaria. Además, con la falta de control que supone la no coordinación entre el SNS y las Mutuas privadas. Se debería tener un único historial clínico dónde constase lo realizado en la sanidad pública como privada, para tener una sanidad integral e integradora.

Si no hay más inversión en el sistema público ese espacio es ocupado por la sanidad privada. Las personas tienen doble cobertura sanitaria, en efecto si se paga por unos servicios que se ofrecen sin coste alguno el sistema está fallando. La asistencia primaria durante la pandemia ha asumido el coste y el tiempo en los rastreo, pruebas diagnósticas y vacunación.

Los efectos favorables del sector privado principalmente serían: la importancia en el sector productivo, libera recursos de la sanidad pública, da acceso a la asistencia sanitarias a diversas zonas geográficas, desarrolla el ámbito tecnológico y la investigación y genera empleo (personal administrativo, etc...).<sup>1122</sup>

---

<sup>1119</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V, OLIVARES FRANCO, F. “Notas sobre el régimen jurídico de MUFACE” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Revista de Política Social* núm. 144 de 1984 pág. 12.

<sup>1120</sup> DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ, T. “El Sistema Nacional de Salud, Análisis y Reflexiones” op.cit pág. 913.

<sup>1121</sup> Instituto para el desarrollo e integración de la sanidad (IDIS), <https://www.fundacionidis.com/sala-prensa/comunicados/pnl-de-unidas-podemos-ante-el-congreso-sobre-el-modelo-de-mutualidades>

<sup>1122</sup> DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ, T. “El Sistema Nacional de Salud, Análisis y Reflexiones” op. cit pág. 914.

Bien es cierto que las Oficinas de Farmacia tienen un papel fundamental en la garantía de la protección de la salud. Garantiza el acceso a la medicación los 365 días del año las 24 horas al día. Además de realizar otras funciones como campañas informativas, vacunación, seguimiento de la medicación de los pacientes, resolver dudas de los mismos (muchas veces antes de acudir al médico antes se acude a la farmacia de confianza).<sup>1123</sup>

El SNS es reconocido y valorado tanto internamente en España como fuera de nuestras fronteras. Dispone de buenas y buenos profesionales y alta tecnología innovadora. El sistema sanitario privado coexiste con el sistema público, lo complementa. También se realizan fórmulas de colaboración como conciertos, convenios, encomiendas de gestión, mutualismo. Con todo no debe suponer una mercantilización de la prestación de asistencia sanitaria.

Es tendencia que el nivel de vida de una persona se valora según el tipo de servicios médico-asistenciales que se pueda pagar. Las prestaciones de asistencia sanitaria desde un punto de vista práctico, en la realidad del día a día, no se dispensan todas las prestaciones de asistencia sanitaria (por ejemplo, oftalmólogo u odontólogo). Para más inri aunque haya pruebas como resonancias, infiltraciones, etc que sí se dispensan, las listas de espera llevan a las y los pacientes a la sanidad privada. Esta observación cuestiona la universalidad de la protección de la asistencia sanitaria.<sup>1124</sup>

El Proyecto de Ley por el que se modifican diversas normas para consolidar la Equidad, Universalidad y Cohesión del SNS, hace hincapié en blindar la sanidad pública. Se manifiesta también que la gestión directa de los servicios será la norma general y la gestión directa la excepción, sólo para casos concretos.<sup>1125</sup>

---

<sup>1123</sup> DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ, T. “El Sistema Nacional de Salud, Análisis y Reflexiones” op. cit. pág. 916.

<sup>1124</sup> GUINDO MORALES, S. “La regulación legal del derecho a la salud y asistencia sanitaria: el modelo legal de protección” op. Cit pág. 255.

<sup>1125</sup> La Moncloa. 14 de junio de 2022 Vid.

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/140622-rp-cministros.aspx>



## 2. LA ATENCIÓN SANITARIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

La OMS, como ya se ha visto en el primer capítulo, considera pandemia “*la propagación mundial de una nueva enfermedad*”. Lo que ha venido a ocurrir en la pandemia causada por el COVID-19. En efecto son momentos en que se requieren medios y personal especializado muy superior que en circunstancias normales. Se requiere principalmente una estrategia en prevención y sistemas de alerta epidemiológica, juntamente en información en tiempo real <sup>1126</sup>

Es de destacar que en base a los artículos 5 y 6 del Código de Deontología Médica del Colegio General de Colegios Oficiales Médicos de España toda persona que requiera cuidados médicos debe ser atendida sin discriminación. <sup>1127</sup> En el mismo sentido el artículo 15 del Código Deontológico de la enfermería española.

No es baladí indicar que en la primera oleada de la pandemia se denunció la negación de asistencia sanitaria por determinados Hospitales de personas provenientes de Residencias Mayores, lamentable. El periódico El Confidencial <sup>1128</sup> hizo público un parte de alta del Servicio de Urgencias, del Hospital Infanta Cristina, de Parla (Madrid), de 25 de marzo: en el apartado de evaluación médica se indicaba: “*ante la situación de la saturación actual, y por indicación de dirección médica dada esta mañana, no se permite el ingreso de pacientes de residencia en el hospital. Comentado esta mañana también con Jefe de Guardia, que me autorizaron realizar diálisis y valoración inicial, pero no ingreso*” El artículo también indicaba que la paciente falleció 72 horas más tarde en la Residencia, tras realizarse su ingreso hospitalario. En efecto lo que ocurrió fue una discriminación por edad. <sup>1129</sup>

---

<sup>1126</sup> OTEROS VALCARCEL G. “Gestión del personal al servicio de la sanidad pública. Problemática y riesgos. En particular en supuestos de pandemia” En AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* Tomo I MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIERNO, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021, pág. 889

<sup>1127</sup> Art. 6.2 “El médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados ni siquiera en situaciones catástrofe o pandemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por Autoridad Competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona. Se presentará voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario”.

<sup>1128</sup> El Confidencial. 18 de mayo de 2020.

<sup>1129</sup> OTEROS VALCARCEL G. “Gestión del personal al servicio de la sanidad pública. Problemática y riesgos. En particular en supuestos de pandemia” op.cit pág. 891.

En Cataluña según información de la Cadena SER<sup>1130</sup> se recomendaba al Sistema d'emergències mèdiques (SEM): No intubar a las personas mayores de ochenta años, el tratamiento debía ser con mascarilla de oxígeno, y en caso de no mejorar optar por la morfina para paliar la sensación de falta de aire.<sup>1131</sup> Todas estas prácticas discriminatorias por edad o por estar ingresados y ingresadas en residencias no se adecuarían al código deontológico médico. Se debería regular normativa específica para estados de pandemia, así prever la anticipación y la prevención.

En esta línea la LO 3/1986<sup>1132</sup> dispone: “*que, con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos, y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideran necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*”. Así las cosas, debería servir la pandemia del COVID-19 como punto de referencia para poder hacer frente a posteriores crisis sanitarias. La protección a la salud debe quedar garantizada sin discriminación siempre.

Para lo que se debe contar con una buena coordinación tanto a nivel nacional como internacional. Se requiere anticipación, flexibilidad y prudencia para aplicar las medidas con la necesaria precaución. La salud genera bienestar personal y aumento de la riqueza. En su opinión el sistema sanitario español tiene una carencia importante en materia de prevención y es aquí dónde hay que incidir.<sup>1133</sup>

Hay medidas como la adquisición de materiales de protección para el personal sanitario que se hubiesen podido prever ya desde enero 2020. La experiencia vivida ha hecho palpable el déficit en el sistema sanitario de encontrarse “*al límite*” (sobretudo en los servicios de urgencias y en las esperas para poder acceder a médicos especialistas). Se

---

<sup>1130</sup> Cadena SER de 1 de abril de 2020.

<sup>1131</sup> OTEROS VALCARCEL G. “Gestión del personal al servicio de la sanidad pública. Problemática y riesgos. En particular en supuestos de pandemia” op.cit pág. 891.

<sup>1132</sup> LO 3/1986 de 14 de abril, sobre medidas especiales en materia de salud pública (BOE de 29 de abril) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10498>

<sup>1133</sup> VILLALOBOS HIDALGO J. “El sistema sanitario frente a la crisis del coronavirus” Blog de los estudios de Ciencias de la Salud de la UOC, de 3 de abril de 2020 disponible en <https://blogs.uoc.edu/cienciasdelasalud/gestion-sistema-sanitario-crisis-coronavirus-covid19/>

debe proteger la salud con un plan de contingencia que se redireccione a la prevención y los colectivos vulnerables.<sup>1134</sup>

Durante la pandemia el art. 12 del RD 463/2020<sup>1135</sup> fue el ministro de Sanidad el que asumió el mando sobre todas las administraciones públicas del territorio nacional. Lo que lleva a pensar si en aras a una mayor coordinación sanitaria debería tener el Ministerio de Sanidad mayores competencias, que las que hoy puede asumir según mandato constitucional. Las administraciones públicas, autonómicas y locales mantuvieron la gestión dentro de su ámbito de competencia de los servicios sanitarios para asegurar su pleno funcionamiento.

Por otra parte, el artículo 12 también prescribía: destinar al personal de centros y establecimientos sanitarios de carácter militar para reforzar el SNS y la posibilidad de ejercer por el ministro de Sanidad las facultades necesarias respecto de los centros sanitarios de titularidad privada, incluido el sector farmacéutico. También se dictaminó la disposición de profesionales que no hubiesen finalizado la formación profesional propia de la especialidad correspondiente y profesionales realizando tareas que no son de su especialidad. A pesar de esta consideración hay que situarse en el contexto de un momento histórico excepcional.

En este sentido, y teniendo en cuenta la protección a la salud, estas medidas ya no deberían quedar justificadas en situación de no pandemia. Y sí se da, por ejemplo, se recurre a los médicos de familia para desempeñar funciones específicas de pediatría. Supone un riesgo para la salud de niñas y niños. Si es una medida aplicada en situaciones no pandemia no se pueden esperar menos en pandemia. El personal sanitario y sociosanitario vio afectado durante la pandemia el régimen de descansos, vacaciones. con todo lo que conlleva para la salud. Sí también aquí se debería regular y no permitir jornadas agotadoras que ponen en peligro la salud de la persona<sup>1136</sup>

---

<sup>1134</sup> VILLALOBOS HIDALGO J. “El sistema sanitario frente a la crisis del coronavirus” Blog de los estudios de Ciencias de la Salud de la UOC, de 3 de abril de 2020 disponible en <https://blogs.uoc.edu/cienciasdelasalud/gestion-sistema-sanitario-tesis-coronavirus-covid19/>

<sup>1135</sup> RD 463/2020 de 14 de marzo (BOE del 14 de marzo) por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Art. 12 .

<sup>1136</sup> OTEROS VALCARCEL G. “Gestión del personal al servicio de la sanidad pública. Problemática y riesgos. En particular en supuestos de pandemia” op.cit pág. 899.

La cobertura legal en estos casos se encuentra en el artículo 59 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de Servicios de Salud (en adelante LEMPESSE)<sup>1137</sup>: Así el artículo 59.1 se refiere textualmente:

*“las disposiciones de esta sección relativas a jornadas de trabajo y períodos de descanso podrán ser transitoriamente suspendidas cuando las autoridades sanitarias adopten medidas excepcionales sobre el funcionamiento de los centros sanitarios conforme a lo previsto en el artículo 29.3 de la LGS”*<sup>1138</sup>

El mismo artículo 59 excepciona esta medida a las personas que estuviesen gozando del permiso de maternidad, subsidio por riesgo por el embarazo y lactancia. Sea como fuere el personal que cuida a enfermos y el personal de apoyo merece una especial atención, no ya sólo cuando se esté delante de una pandemia sino siempre. La protección de su seguridad y salud es una prioridad, así lo prescribió la OIT y lo detallaba en cinco acciones: Preservar la seguridad del personal sanitario, proteger su salud mental, vigilar las horas de trabajo, y proteger al personal sanitario voluntario o con contratos de corta duración (personal de las fuerzas armadas, estudiantes de medicina o enfermería, o trabajadores/as de salud jubilados) y contratar y formar a más personal de salud .<sup>1139</sup>

Es importante resaltar y poner énfasis en la situación de vulnerabilidad del personal sanitario y más cuando hubo un fallo de previsión en los inicios de la pandemia. No se proporcionó el material básico necesario para la prevención del Covid-19. Como señalaba el Ministerio de Sanidad de 30 de diciembre de 2021: *“Hasta el 29 de diciembre de 2021 se habían notificado 166.627 casos confirmados en personal sanitario (utilizando la información agregada hasta el 10 de mayo y la información individualizada desde el día 11 de mayo de 2020).”*<sup>1140</sup>

---

<sup>1137</sup> Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23101>

<sup>1138</sup> El Servei Català de la Salut de la Generalitat de Catalunya dónde facultaba a las entidades del sistema sanitario integral de utilización pública de Cataluña para adoptar las medidas previstas en el art. 59.2 a fin de garantizar la asistencia sanitaria. Instrucción 1/2020 derogada per la Instrucción 07/20 Disponible en <https://catsalut.gencat.cat/ca/detalls/articles/instruccio-07-2020>

<sup>1139</sup> OIT. “Cinco formas de proteger al personal de salud durante la crisis del COVID-19” disponible en [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_740405/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_740405/lang--es/index.htm)

<sup>1140</sup> Ministerio de Sanidad. Centro de coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. Actualización número 533. Enfermedad por el coronavirus (COVID-19). 30 de diciembre de 2021. Pág. 12.

En base al art. 6.2 del Código de Deontología Médica del Colegio General de Colegios Oficiales de Médicos de España, se señala la obligación del personal médico de no abandonar a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en catástrofes o epidemias. No obstante, hay una excepción: *“cuando exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona”*. La protección a la salud tanto del personal médico como de los pacientes peligraba por no proporcionar los medios de prevención necesarios a los primeros. Habría una vulneración del artículo 43 de la CE.<sup>1141</sup>

Hay que destacar que hasta día de hoy la vacunación es voluntaria. El art. 2.2 de la Ley 41/2002<sup>1142</sup>, *“señala que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”*.

No obstante, habría marco legal para establecer la vacunación obligatoria en base a dos artículos: el artículo 4 y artículo 12 de la LO 4/1981 de 1 de junio<sup>1143</sup>. En el artículo 4 b) se señala que la Constitución podrá declarar el Estado de Alarma, en todo o parte del territorio nacional en los casos de crisis sanitarias, en los casos de epidemias y situaciones de contaminación graves. En este sentido en el artículo 12.1 se indica que en el caso del art. 4b) *“la autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas...”*

Por su parte la LGSP parte del principio de voluntariedad en las actuaciones de salud pública. Bien es cierto que la LO 3/1986<sup>1144</sup> subraya que: *“con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del*

---

<sup>1141</sup> OTEROS VALCARCEL G. “Gestión del personal al servicio de la sanidad pública. Problemática y riesgos. En particular en supuestos de pandemia” op.cit pág. 913 y 914.

<sup>1142</sup> Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE de 15 de noviembre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>

<sup>1143</sup> LO 4/1981 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE de 5 de junio) disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774>

<sup>1144</sup> LO 3/1986 de 14 de abril de medidas especiales en materia de salud pública (BOE de 29 de abril) art. 3 disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10498>

*medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en el caso de riesgo de carácter transmisible*". En el mismo sentido se pronuncia la Ley 41/2002, art. 9.2.<sup>1145</sup>

Se puede mencionar que en 1943 sí se impuso la vacunación obligatoria de la difteria. La Ley 22/1980<sup>1146</sup> que modifica la Ley de bases de la sanidad de 1944<sup>1147</sup> prescribe que *"las vacunaciones contra la viruela, difteria y otras infecciones podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno..."* En los mismos términos se expresa el aún también en vigor Decreto de 1945, art. 21<sup>1148</sup>. Hay que tener en cuenta que la disposición final quinta de la LGS le daba al Gobierno 18 meses para refundir, aclarar y armonizar la Ley 22/1980. Mandato que el Gobierno no ha cumplido por lo que se plantea la duda de la vigencia de la Ley 22/1980. Lo que sí parece es que la imposición de la vacunación obligatoria por la afectación a derechos fundamentales debería ser por LO.

No resulta baladí que en la vacunación obligatoria colisionan varios derechos: el derecho a la protección a la salud y el derecho a la intimidad y privacidad, el derecho a la integridad física (artículo 15 CE) por los posibles efectos secundarios, el derecho a la libertad ideológica o religiosa (art. 16.1) o el derecho a la autodeterminación individual. Más que declarar la obligatoriedad de una vacuna como en este caso la de la COVID-19 se debería establecer las consecuencias de la no vacunación.<sup>1149</sup> En España se originó dudas sobre la obligatoriedad de la vacuna en modificación operada por la Ley 8/2008 de Salud de Galicia<sup>1150</sup>. Finalmente, la Ley 18/2021 modifica el artículo 34 de la Ley 8/2008 y deja a salvo el carácter voluntario de la vacunación.

---

<sup>1145</sup> Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE de 15 de noviembre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>

<sup>1146</sup> Ley 22/1980, de 24 de abril, de modificación de la base IV de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-8784>

<sup>1147</sup> Ley de 25 de noviembre de 1944 de bases de sanidad nacional (BOE de 26 de noviembre). En vigor actualmente.

<sup>1148</sup> Decreto de 26 de julio de 1945 por el que se aprueba el reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1945-7901&p=19791105&tn=1>

<sup>1149</sup> <https://iusport.com/art/115054/existe-base-legal-para-obligar-a-vacunarse-de-la-covid-19-en-espana> (Consulta abril 2021).

<sup>1150</sup> Se indicaba en su apartado 5 artículo único de la Ley 8/2021 que modifica la Ley 8/2008 de julio en cuando da nueva redacción al artículo 38.2. la aplicación de medidas preventivas de obligado cumplimiento cuando existiera o se sospechara sobre la existencia de un riesgo inminente y grave para la

En el año 2010 un Juzgado de Granada autorizó la vacunación antisarampionosa forzosa a 35 niños y niñas debido a un brote de enfermedad de sarampión en la ciudad de Granada.<sup>1151</sup> El Juzgado basó su argumentación en primer lugar en el artículo 43 de la CE. Y en segundo lugar en la legislación de desarrollo: Ley 14/1986, LO 3/1986 de 14 de abril y Ley 29/2006<sup>1152</sup>. Principalmente se apoya en el carácter abierto del artículo 3 de la LO 3/1986: “*Se habilita a las Administraciones Públicas para adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, todo ello con el fin de controlar las enfermedades transmisibles*”.

Se pondera que se persiga un fin constitucionalmente legítimo, que la medida se ampare en una norma con rango legal y que exista proporcionalidad en la medida y sea idóneo y necesario. Se constata y prueba que los síntomas de niñas y niños después de la vacunación antisarampionosa son mínimos y con pocas limitaciones a la actividad diaria. Las complicaciones que provoca el sarampión son mucho mayores.

La vacunación obligatoria se ha planteado en el seno de la UE. De este modo el 1 de diciembre de 2021 la presidenta de la Comisión Europea puso de manifiesto la necesidad de tener un debate sobre la vacunación obligatoria contra la covid-19. En países como Italia la inmunización es obligatoria para sanitarios y profesores. Además, a partir de febrero de 2022 hasta junio de 2022 también se extendió la medida para las y los trabajadores de más de 50 años.<sup>1153</sup>

Es tarea de los poderes públicos proteger el bien jurídico de la vida e integridad física y así queda establecido por los Tribunales en pronunciamientos como el de la STS

---

salud de la población. El Gobierno interpuso un recurso ante el TC admitido a trámite el 20 de abril de 2021. El motivo era que la Ley autonómica limitaba derechos fundamentales y esto sólo será posible ante una ley estatal. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6952](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6952)

<sup>1151</sup> Juzgado de lo Contencioso administrativo. Granada. N° de resolución: 362/2010 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1be445a6a70cb8db/20101202>. Fue recurrida en suplicación y se confirma la sentencia de instancia STSJ de Andalucía número 2393/2013 de 22 de julio. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/d7b6933b6454d2bf/20130923>

<sup>1152</sup> Ley 29/2006 de 26 de julio, Ley de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. (se deroga, salvo las disposiciones finales 2 a 4, por RD Legislativo 1/2015 de 24 de julio. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8343>

<sup>1153</sup> <https://www.telam.com.ar/notas/202202/583593-italia-vacunacion-obligatoria-coronavirus.html> (consulta abril 2022) <https://isanidad.com/207071/italia-impone-vacunacion-obligatoria-y-multara-a-los-no-vacunados-mayores-de-50-anos/> (consulta abril 2022).

449/2021<sup>1154</sup> . Se confirma y declara la firmeza de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 7 de julio de 2020. El Servicio Vasco de salud, excepto en los centros hospitalarios y la red provincial de salud mental por la que es condenado en suplicación llevó a cabo una evaluación de riesgos. Se indica que no toda infracción de la normativa de prevención de riesgos se reconduce a la vulneración del derecho a la salud o a la integridad física (artículo 15). Sólo lo serían “*los incumplimientos que provoquen un riesgo constatado de producción cierta o potencial de la causación de un perjuicio para la salud*”. La realización unilateral de la evaluación de riesgos laborales sin la representación legal de los trabajadores no puede afectar al derecho a la vida e integridad física.<sup>1155</sup>

En la sentencia del Juzgado de lo Social de Móstoles de 29 de diciembre de 2020 se aborda la cuestión de la posibilidad de que los empresarios/as en los primeros meses de la pandemia pudiesen imponer la realización de una PCR para garantizar la seguridad y salud de toda la plantilla. En este punto se debe precisar que el artículo 22 de la LPRL sí permitiría imponer la realización de test siguiendo el tenor literal del artículo: “*podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento*”. Siempre se deberá tener en cuenta la idoneidad y justificación de la medida.<sup>1156</sup>

En los casos que medie consentimiento por representación en base al artículo 9.6 y 7 de la Ley 41/2002 debería primar el beneficio para la vida o salud del paciente. No siempre lo más beneficioso para las y los pacientes es vacunarse por eso se debería atender al caso concreto, prima siempre el respeto a la dignidad de la persona.<sup>1157</sup>

Se debe subrayar que en España no existe una ley que prevea de forma específica la responsabilidad del Estado por los daños derivados de una imposición de la vacunación. Se puede mencionar la sentencia del TEDH de 8 de abril de 2021<sup>1158</sup>. Los hechos se

---

<sup>1154</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 17 de febrero de 2021. 217/2021 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/dabe8031013bf4f4/20210225>

<sup>1155</sup> La Directiva 2020/39 de 3 de junio clasificó el Covid19 en un nivel III. En este caso el art. 4 del RD 664/1997 exige consultar a los representantes de los trabajadores para elaborar la evaluación de riesgos laborales. Así se podría declarar en un futuro que los trabajadores contagiados sufren una EP.

<sup>1156</sup> Juzgado de lo Social de Móstoles número 3. Sentencia de 29 de diciembre de 2020.

<sup>1157</sup> PORTELL SALOM, N. “La administración de la vacuna contra la Covid-19 en personas que no puedan prestar consentimiento” *vlex Revista de derecho administrativo* número 6 de julio 2021 Pág. 36 y 37. .

<sup>1158</sup> TEDH. Case of Vavříčka an others v. The Czech Republic 8 april 2021 Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-209039%22%5D%7D>



refieren al 2015 aunque es apropiada por la valoración de derechos humanos realizada. El TEDH establece que la vacunación obligatoria en tanto intervención médica involuntaria es una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH). El Tribunal considera la medida lícita porque se consigue el objetivo legítimo de proteger la salud pública.<sup>1159</sup>

### **3. LA ASISTENCIA SANITARIA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

La imparable irrupción de las nuevas tecnologías es también un hecho en la protección de la salud. En este sentido en este apartado se hará referencia a la sanidad 4.0 en sus dos vertientes como telemedicina y salud electrónica. La telemedicina desde que se iniciase la revolución digital cada vez ha tenido más peso en el acercamiento de la medicina a ciudadanas y ciudadanos

#### **3.1 La sanidad 4.0**

La pandemia de la COVID-19 ha acelerado sin duda el proceso de transformación digital, incluido en nuestro país. Un proceso que ha visibilizado también un aspecto importante: la brecha digital. La digitalización de la sanidad en España ha venido de la mano del Programa Sanidad en Línea en sus fases I y II en una de las medidas del Plan Avanza: e-Sanidad. En efecto se consideraba como objetivo la sanidad en línea: un historial clínico electrónico, la interconexión de centros sanitarios, cita médica por internet, consulta de la información sanitaria, telemedicina o la receta electrónica.<sup>1160</sup>

Así las cosas, se suscribieron el Convenio Marco “Sanidad en Línea I” (2005-2009) y “Sanidad en Línea II” (2010-2014) dentro del Plan Avanza. También se destaca el Convenio Marco para el desarrollo del Programa de Salud y Bienestar Social, en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a través del Convenio Agenda Digital para

---

<sup>1159</sup> PRECIADO DOMENECH, C.H. “Vacunación obligatoria de menores: multa y exclusión de los menores de preescolar” *Revista de Jurisprudencia Laboral*- Número 4/2021 Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001259](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001259)

<sup>1160</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M. “El reto de la teleasistencia y de la sanidad 4.0” en AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* Tomo I MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021 pág. 353.

España (2013-2016). Los principales logros de todos estos acuerdos han sido: la tarjeta sanitaria individual, la historia clínica y los servicios tecnológicos del SNS.

Ciertamente tiene una especial importancia la historia clínica digital del SNS para aunar la protección a la salud y la distribución competencial. Esta debería permitir el acceso a la documentación clínica más relevante para la atención sanitaria de las y los pacientes disponible en soporte electrónico. Poder acceder por persona autorizada al historial clínico facilita enormemente la protección a la salud en los desplazamientos en territorio nacional. Si como ciudadano o ciudadana se quiere acceder al espacio de salud digital cada CCAA tiene su propio sistema.<sup>1161</sup>

De esta forma tanto la Ley 16/2003(artículo 56) como la Ley 41/2002 (disposición adicional tercera) son las que prescriben el mandato de coordinar los mecanismos de intercambio electrónico de información clínica y salud individual. En efecto así profesionales y personas usuarias podrían acceder a los historiales clínicos garantizando la confidencialidad e integridad de la información. La estrategia consiste en aprovechar los sistemas electrónicos de información existentes en cada CCAA y desarrollar un intercambio de información electrónico facilitando su accesibilidad.

El artículo 15 de la Ley 41/2002 regula el contenido mínimo de la historia clínica de cada paciente. Se hacía necesario presentar la información clínica de forma estandarizada, para garantizar una homogeneidad en los contenidos de los documentos clínicos del sistema sanitario público para facilitar la comprensión tanto a pacientes como a sanitarios con independencia del territorio dónde fuesen atendidos. En base a la habilitación conferida por el artículo 56 de la Ley 16/2003 y de la Ley 41/2002 disposición adicional tercera se dictó el RD 1093/2010 por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el SNS.<sup>1162</sup>

---

<sup>1161</sup> En Cataluña La Meva Salut [https://lamevasalut.gencat.cat/web/cps/welcome?queueittoken=e\\_lmsr~q\\_b17028a0-1647-4c00-9642-92c9cd0cda7c~ts\\_1651071757~ce\\_true~rt\\_safetynet~h\\_e1ad5a824bcdce901a5d8d43db2da7b63398dbe2aa73ab54242e0ed7ccf68f44](https://lamevasalut.gencat.cat/web/cps/welcome?queueittoken=e_lmsr~q_b17028a0-1647-4c00-9642-92c9cd0cda7c~ts_1651071757~ce_true~rt_safetynet~h_e1ad5a824bcdce901a5d8d43db2da7b63398dbe2aa73ab54242e0ed7ccf68f44)

<sup>1162</sup> Rd 1093/2010 de 3 de septiembre por el que se aprueba el conjunto mínimo de datos de los informes clínicos en el SNS. (BOE 16 de septiembre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-14199&p=20100916&tn=1> Tiene la condición de básica en el sentido del artículo 149. 1.16 de la CE.

Los documentos clínicos objeto de regulación en el RD 1093/2010 se señalan en el artículo 3 y son los siguientes: informe clínico de alta, informe clínico de consulta externa, informe clínico de urgencias, informe clínico de atención primaria, informe de resultado de pruebas de laboratorio, informe de resultado de pruebas de imagen, informe de cuidados de enfermería y historia clínica resumida. Las CCAA podrían ampliarlo. Es de aplaudir que se regulasen los contenidos de los documentos de la historia clínica.

Las medidas mencionadas en los párrafos anteriores tienen su continuación en la Agenda Digital para España mediante el Programa de Salud y bienestar social impulsando la interoperabilidad para facilitar el intercambio de información entre todos los sistemas de información que integran el SNS. El índice siete 2021<sup>1163</sup>, muestra como la telemedicina como parte de la salud electrónica es una realidad. Son años en los que la pandemia ha tenido un papel protagonista y en los que se ha visto la necesidad de colaborar entre todas las CCAA para mejorar la protección de la salud.

El avance en la digitalización se encuentra en las medidas contenidas en la *España Digital 2025*<sup>1164</sup>. La medida “Salud digital: hacía la predicción, personalización y eficiencia” se podría dividir en tres ámbitos de actuación: medir y mejorar los resultados en salud y diseñar sistemas preventivos, asistencia a pacientes y empoderar al paciente con herramientas de telemedicina o autodiagnóstico. Se incluirían: la salud electrónica, la telemedicina y la salud móvil.<sup>1165</sup>

La inteligencia artificial podría rendir igual o mejor que los humanos en las tareas clave, así diagnóstico de enfermedades o recomendación de tratamientos. La inteligencia artificial es un conjunto de tecnologías. La automatización robótica de procesos por ejemplo son programas informáticos instalados en los servidores de las estructuras de trabajo. Si se combinan con otras tecnologías como reconocimiento de imágenes se

---

<sup>1163</sup> Sociedad española de informática de la Salud. “Índice Seis 2020” Marzo 2021 Disponible en <https://seis.es/indice-2020/> ComputerWorld publica en exclusiva el “Índice seis”, estudio que elabora anualmente la Sociedad Española de Informática de la Salud y que desgana la inversión realiza en materia TIC por el SNS <https://www.computerworld.es/tendencias/computerworld-y-seis-desvelan-la-inversion-tic-realizada-en-sanidad-en-2021>

<sup>1164</sup>Ministerio de Asuntos económicos y transformación digital. *España digital 2025* Disponible en [https://portal.mineco.gob.es/gl-es/ministerio/estrategias/Paxinas/00\\_Espana\\_Digital\\_2025.aspx](https://portal.mineco.gob.es/gl-es/ministerio/estrategias/Paxinas/00_Espana_Digital_2025.aspx)

<sup>1165</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M. “El reto de la teleasistencia y de la sanidad 4.0” en AAVV op cit pág. 354.

pueden utilizar para extraer datos y introducirlos en sus sistemas transaccionales. En la sanidad también se utilizan aplicaciones en las tareas administrativas. Tiene su importancia para descargar de tareas a enfermeros o enfermeras, doctores o doctoras.

1166

### 3.2 La salud electrónica

La OMS define la salud electrónica como el *“uso rentable y seguro de las tecnologías de la información y comunicación en apoyo de la salud y los ámbitos relacionados con la salud, incluidos los servicios de atención sanitaria, la vigilancia de la salud, la bibliografía sanitaria y la educación, los conocimientos y la investigación en materia de salud.*

La salud electrónica incluye la telemedicina, el uso de la TIC's en los productos, servicios y procesos sanitarios, transmisión de datos y aplicaciones para acceder a los datos. Muestra de ello es la historia clínica electrónica, la receta electrónica, la tarjeta sanitaria electrónica o el acceso a los portales web para realizar consultas médicas.<sup>1167</sup>

Por lo que se refiere a la historia clínica uno de sus fines es la investigación, por supuesto con la obligación de la confidencialidad de los datos de las y los pacientes.<sup>1168</sup>

En este sentido la inteligencia artificial y la historia clínica han podido servir para obtener información en relación con el diagnóstico, evolución y resultado de casos de COVID-19. Un ejemplo es el software basado en inteligencia artificial que se utilizó en el Hospital. del Mar de Barcelona donde se entrenó a un algoritmo con más de 6000 radiografías de tórax de pacientes de COVID y no COVID para mejorar

---

<sup>1166</sup> TRILLO GARCÍA, A.R “El impacto de la Covid-19 sobre la gestión de sanidad en España. Implicaciones de presente y de futuro y papel de las entidades locales” en AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* Tomo I MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIERNO, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021. Pág. 569.

<sup>1167</sup> En Cataluña: Se puede intercambiar consultas con el médico de atención primaria a través del portal Lamevasalut (el teu espai de salut digital), se requiere certificado digital o contraseña. Disponible en [https://lamevasalut.gencat.cat/web/cps/welcome?queueitoken=e\\_lmsr~q\\_2a17e01f-9fc7-4cfb-af60-5efe3ea0fb3c~ts\\_1651165222~ce\\_true~rt\\_safetynet~h\\_90f7ca57092e6957f80d48488f6ed34d240261379ab71d8e409147478d44d8a4](https://lamevasalut.gencat.cat/web/cps/welcome?queueitoken=e_lmsr~q_2a17e01f-9fc7-4cfb-af60-5efe3ea0fb3c~ts_1651165222~ce_true~rt_safetynet~h_90f7ca57092e6957f80d48488f6ed34d240261379ab71d8e409147478d44d8a4)

<sup>1168</sup> Ley 41/2002 art. 16.3 modificada por la Disposición final novena y afectada por la Disposición adicional séptima de la LO 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

diagnósticos<sup>1169</sup>. La importancia de la Historia clínica digital del SNSes clave en la protección de la salud en el territorio español. Permite que se pueda acceder a determinados documentos clínicos que se hayan generado en un servicio de salud de una CCAA desde otra CCAA dónde el paciente se haya desplazado.

### ***3.2.1. Historia clínica digital interoperable***

La Historia Clínica Digital Interoperable del SNS (HCDSNS) tiene su fin en la interoperabilidad de los informes clínicos electrónicos. Cataluña en el año 2019 activó la posibilidad de que los informes clínicos interoperables de su población pudiesen consultarse con el resto del SNS y a la inversa, de hecho, fue la última en conectar el historial clínico de sus pacientes con el resto de España. De esta forma se mejora enormemente la atención sanitaria de las y los ciudadanos en sus desplazamientos. Hay un informe de especial interés la Historia Clínica Resumida, un extracto de la historia clínica del paciente en caso de necesidad. Los profesionales acreditados de cada CCAA son los que pueden acceder a la historia clínica mediante un medio seguro de identificación digital.<sup>1170</sup>

El diseño del HCDSNS se realizó a iniciativa del Ministerio de Sanidad. La normalización y selección de contenidos clínicos interoperables se encuentra recogida en el RD 1093/2010. El proyecto se encuentra conectado con iniciativas europeas para la comunicación entre pacientes de los países miembros. Se pone el centro de atención a la persona.

La sanidad privada intenta que se lleve a cabo la coordinación de los historiales clínicos con la sanidad pública. Los escollos para superar son entre otros la integración tecnológica. En Canarias se aprobó en 2005 el RD 178/2005 que manifestaba la “*necesidad de abordar la normalización de los documentos que constituían la historia clínica para la implantación de una historia clínica uniforme en los hospitales del*

---

<sup>1169</sup> Vid noticia: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20200525/481373081626/covid-19-coronavirus-inteligencia-artificial-hospital-del-mar-de-barcelona-tomografias.html> (consulta abril 2022).

<sup>1170</sup> Vid: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad/Paginas/2019/030119-interoperabilidad.aspx>

*Sistema Canario de Salud, sean de titularidad privada o pública y única por paciente al menos en cada centro.* <sup>1171</sup>

### **3.2.2 Receta electrónica interoperable**

Otra manifestación más de la salud electrónica es la receta electrónica interoperable. Las y los beneficiarios del sistema público que tengan la receta electrónica puede obtener los medicamentos de su plan de medicación en cualquier lugar del territorio. El engarce legal se encuentra en el artículo 33.2 de la Ley 16/2003<sup>1172</sup> dónde se implanta la receta médica electrónica: “... que garanticen a los ciudadanos la dispensación en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional, independientemente de la CCAA de residencia.” Con la receta electrónica se ha intentado conseguir objetivos como: reducir visitas a los centros de salud de las y los pacientes con tratamientos crónicos, facilitar prescripción de medicamentos o evitar la acumulación de medicamentos.<sup>1173</sup>

Por su parte el RD 1718/2010<sup>1174</sup> regula la dispensación de medicamentos a través de las recetas médicas del Servicio Nacional de Salud, tanto en soporte papel como la receta electrónica. Las recetas médicas pueden ser emitidas tanto en el ámbito de la sanidad pública como privada. Durante la pandemia del Covid-19 las CCAA han establecido planes de contingencias, diferentes según la CCAA para limitar las visitas a los centros de salud: renovar mediante llamada telefónica, posibilidad de retirar varios envases del mismo tratamiento entre otras medidas. En Cataluña se optó por alargar los planes terapéuticos para los pacientes crónicos, para así se pudiese dispensar varios envases en una visita a la farmacia.<sup>1175</sup>

---

<sup>1171</sup> Boletín Oficial de Canarias. Decreto 178/2005 de 26 de julio (BOC núm. 154 de 8 de agosto) disponible en <http://www.gobiernodecanarias.org/boc/2005/154/002.html>

<sup>1172</sup> Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS (BOE de 29 de mayo)

<sup>1173</sup> GARCIA ALFARO, I, CARBALLEIRA RODRÍGUEZ, J.D. “Receta electrónica: diferencias entre CCAA que afectan al acceso a los tratamientos y a la calidad de la atención farmacéutica” *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* volum. 43 número 3 de 2020 pág. 298.

<sup>1174</sup> RD 1718/2010, 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación (BOE de 21 de enero) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-1013>

<sup>1175</sup> Vid. “Las CCAA introducen cambios en la receta electrónica para evitar que se acuda a centros de salud” ConSaud.es de 23 de marzo de 2020 Disponible en [https://www.consalud.es/pacientes/ccaa-introducen-cambios-receta-electronica-evitar-acuda-centros-salud\\_76305\\_102.html](https://www.consalud.es/pacientes/ccaa-introducen-cambios-receta-electronica-evitar-acuda-centros-salud_76305_102.html)

Algunas de las fisuras que presenta el sistema de la receta electrónica interoperable para pacientes desplazados serían que: el farmacéutico puede ver las prescripciones dispensadas, pero no el tratamiento completo ni su disponibilidad, además las y los pensionistas deben pagar el porcentaje correspondiente de toda la medicación y con posterioridad reclamar en su CCAA su devolución. En este sentido hay que siguiendo pasos y avanzando para que la receta electrónica interoperable sea una medida efectiva para la protección a la salud. Una medida de mejora podría ser que cuando el farmacéutico advierta que la prescripción no está activa pudiese solicitar al médico su reactivación. La eficiencia del sistema sanitario pasa también por una buena atención farmacéutica.<sup>1176</sup>

### **3.2.3 Salud móvil**

Se debe mencionar la salud móvil que se orienta al diagnóstico asistido, tratamientos personalizados y medicina preventiva. Los sensores pueden monitorizar los parámetros vitales, evitar problemas de salud y dar un trato más personalizado. Aunque las appsalud han planteado el problema de si son o no productos sanitarios. Si sólo fuese una herramienta de apoyo no tendría la consideración de producto sanitario, tal y como se considera en el RD 1591/2009.<sup>1177</sup>

Podrían ser consideradas como acceso sanitario, ya que recibirían en este caso un tratamiento igual que los productos sanitarios. Por todo ello las apps para la gestión de la salud suponen un cambio en la realidad sanitaria. Dicho esto, también es importante que su uso no genere discriminación con personas mayores no tan habituadas a los productos digitales.<sup>1178</sup>

---

<sup>1176</sup> GARCIA ALFARO, I, CARBALLEIRA RODRÍGUEZ, J.D. “Receta electrónica: diferencias entre CCAA que afectan al acceso a los tratamientos y a la calidad de la atención farmacéutica” op cit pág. 301.

<sup>1177</sup> RD 1591/2009 de 16 de octubre por el que se regulan los productos sanitarios (BOE de 21 de marzo de 2010) artículo 2 disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-17606&p=20130725&tn=1>

<sup>1178</sup> TEIJEIRO LILLO, M. E: “La practica profesional a través de dispositivos móviles electrónicos” en AA. VV *Salud electrónica perspectiva y realidad* PÉREZ GÁLVEZ J. F (director). Edt. Tirant o Blanch, Valencia, 2017, Pág. 129.131.

Durante la pandemia se implementó la aplicación Radar Covid para el trazo automático. Estas aplicaciones presentan problemas jurídicos en protección de datos, especialmente datos de geolocalización y trazabilidad de las y los ciudadanos. Se debería dotar de base legal a este tipo de aplicaciones para su seguridad jurídica.

Poniendo el foco en las personas la salud digital nos dirige a tres conceptos: Big Data, Inteligencia artificial y Machine learning. Con estas tres herramientas se puede avanzar a un diagnóstico precoz de enfermedades y su prevención, nuevos enfoques terapéuticos innovadores. En otras palabras, estamos en la Salud 4.0 que la COVID-19 ha acelerado su implantación. Para las y los pacientes también les supone más información al poder tener acceso a sus informes clínicos.<sup>1179</sup>

La llegada de internet también ha supuesto el fenómeno llamado cibercondria, intentar solucionar los problemas de salud a través de aquella. Sea como fuere se reitera en estas líneas en una necesidad de regulación jurídica que tenga en cuenta la brecha digital, las normas hoy vigentes están diseñadas para una asistencia presencial. La UE mediante el programa EU4health, incorpora la transformación digital de la salud.

### 3.3 Telemedicina

La telemedicina se ha centrado en sus inicios principalmente en la teleconsulta entre expertos, teleasistencia para atender a pacientes en remoto, vigilancia remota de pacientes, o incluso la telecirugía. Más recientemente se ha dado paso a otros términos como cibermedicina, salud electrónica o e-salud o salud 4.0.

La telemedicina es definida como *“la prestación de servicios de atención sanitaria, cuando la distancia es un factor crítico, por parte de todos los profesionales de la salud que utilizan las tecnologías de la información y la comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, el tratamiento y la prevención de enfermedades y lesiones, la investigación y la evaluación, y para la formación continua de los proveedores de atención sanitaria, todo ello con el fin de mejorar la salud de las personas y las comunidades”*<sup>1180</sup>

---

<sup>1179</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M. “El reto de la teleasistencia y de la sanidad 4.0” op. Cit pág. 371.

<sup>1180</sup> OMS. A Health telematics Policy. 11-16 de diciembre, Genova, 1997 pág. 10.



La telemedicina como parte integrante de la salud electrónica en España está dispersa por la regulación de las diferentes CCAA. No obstante, se debe tener en cuenta la iniciativa estratégica gubernamental para fomentar la Sociedad de la Información mediante el Plan de Telemedicina del INSALUD del año 2000, se hace un reclamo a su actualización. En la Ley 45/2007 de desarrollo sostenible del medio rural, art. 30 b)<sup>1181</sup> se hace referencia a la puesta a disposición de las y los profesionales de la salud de tecnologías que permitan la telemedicina.

Se debería tener en cuenta en este caso en el punto a) del artículo 30 “Asegurar unos servicios sanitarios básicos de proximidad en cada zona rural”. La población que reside en el medio rural es principalmente de edad avanzada dónde la brecha digital se encuentra más acusada. La telemedicina también encuentra su previsión en el RD 1030/2006 dónde se prevé la atención telefónica dentro de la Cartera de servicios comunes de prestación de atención de urgencia. Es una forma rápida y agil de resolución siempre que el sistema telefónico funcione bien y que las dolencias se pueden solucionar via telefónica.

Asimismo, la telemedicina tiene también su previsión en el RD 81/2014<sup>1182</sup>, dónde se considera el lugar donde se realiza la prestación a través de la telemedicina como asistencia presencial. En otro colectivo dónde la telemedicina ya está prevista es en los centros penitenciarios. Los servicios sanitarios de estos centros no han sido transferidos a las CCAA, por tal motivo se establecio por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias<sup>1183</sup> el sistema de consultas médicas por videoconferencia. Sin perjuicio de que durante las consultas médicas es preceptivo la presencia de personal sanitario penitenciario. Se garantiza la voluntariedad y confidencialidad de las y los internos.

La Covid-19 sin lugar a duda ha supuesto un avance en la telemedicina. Fue una medida esencial para evitar la propagación del virus por contagio en los centros de salud, se

---

<sup>1181</sup> Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (BOE 14 de diciembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-21493>

<sup>1182</sup> RD 81/2014 de 7 de febrero por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y por el que se modifica el RD 1718/2010 de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-1331&p=20140208&tn=6>

<sup>1183</sup> Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Implantación Sistema de Videoconferencia. Instrucción 2/2007 de 30 de enero de 2007.

utilizaron medios como la teleconsulta, videoconsulta en tiempo real o consulta telefónica. Determinados pacientes han mostrado su desacuerdo ante esta medida porque el diagnóstico que puede resultar de una consulta telefónica no es lo mismo que en una consulta presencial, la identidad del paciente. Sea como fuere como todo tiene sus ventajas y inconvenientes. La alternativa a la llamada telefónica también la video llamada que podría llegar a ser más efectivas en situaciones de pandemia.<sup>1184</sup>

Se podría considerar que estas medidas colisionan con el art. 12.a) de la Ley 16/2003 al señalar: “*La asistencia sanitaria a demanda, programada, y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo*”, lo mismo en consulta especializada art. 13.2 a) b) “*La atención especializada se prestará , siempre que las condiciones del paciente lo permitan en consultas externas y en hospital de día*” Por lo que es fácil determinar que la Ley 16/2003 se debería adecuar a estas nuevas realidades que para muchas y muchos pacientes pueda ser su única opción.

El concepto telemedicina también debe incluir la teleconsulta, la monitorización de pacientes, la consulta entre profesionales, autorización del paciente, sistema de control de la identidad del paciente y del profesional o registros de la asistencia realizada y la videollamada. Además, hay que advertir que tanto el Big Data, la Inteligencia Artificial y el Machine Learning deben tener en cuenta el art. 28.1 de la Ley 16/2003 “*Las instituciones asistenciales abordaran actuaciones para la humanización de la asistencia*”<sup>1185</sup>

#### **4. LA ASISTENCIA SANITARIA Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

No hubiera sido suficiente que la LGS no se hubiese redactado en el género masculino y con una aplicación óptima y total para que se contemplase de forma adecuada a la mujer. Es característico el sexismo habitual de las ciencias de la salud, que se asocia

---

<sup>1184</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M. “El reto de la teleasistencia y de la sanidad 4.0” op. cit pág. 354

<sup>1185</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M. “El reto de la teleasistencia y de la sanidad 4.0” op. cit pág. 359.

exclusivamente a la capacidad reproductora. Y los síntomas de las enfermedades no se definen igual en el hombre que en la mujer.<sup>1186</sup>

Las diferencias socioculturales entre hombres y mujer tienen como consecuencia situaciones de discriminación y desigual atención sanitaria de calidad. La influencia de los factores sociales condiciona su rol de cuidadoras. La atención sanitaria con perspectiva de género está condicionada por motivos biológicos, sociales, edad, género, clase social entre otros. La equidad en salud pasa por atender a esta diferenciación de género, y las necesidades de hombres y mujeres.<sup>1187</sup>

La LOIMH da nueva redacción al art. 21.1 de la LGS así señala: “*La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, que integrará en todo caso la perspectiva de género*”. Se incluye también en la Disposición adicional novena de la LOIMH Modificaciones de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, se incluye el apartado e) en el art. 34: “*e) La inclusión de la perspectiva de género en las actuaciones formativas*”.

La visión androcéntrica condiciona la asistencia sanitaria que reciben las mujeres: en el diagnóstico de la enfermedad, métodos de exploración, valoración de análisis clínicos y las aplicaciones de terapias sin distinción por razón de sexo. Los sesgos de género en la asistencia sanitaria se centran: en la investigación y docencia por basarse en información sesgada, en la escucha y la valoración de síntomas, la evaluación de los valores de análisis clínicos y en los tratamientos médicos dónde las mujeres tienen una escasa participación en los ensayos clínicos.<sup>1188</sup>

En este sentido se deberían analizar las formas distintas de enfermar, hombre y mujer enferman diferente. Y también analizar las diferencias de género en la atención sanitaria si hombre y mujeres consultan diferente un mismo problema. Y por otro lado si hay sesgos de género en la forma de atender a las y los pacientes.

---

<sup>1186</sup> BARAÑANO CID, M. *Mujer, Trabajo, Salud* Editorial Trotta, S.A, Madrid 1992 pág. 836.

<sup>1187</sup> SIERRA HERNÁIZ, E. “*Perspectiva de género en materia sanitaria*” op. Cit. 1661 y 1662.

<sup>1188</sup> *Ibidem* 1665.

En relación con los determinantes psicosociales determinantes de género se menciona los determinantes socioeconómicos: las mujeres: las mujeres ganan menos que los hombres, la mayoría de las familias monoparentales son mujeres, la realización del trabajo de cuidados no remunerados, subrepresentación en los puestos de poder. Todo esto conduce a que enfermen más las mujeres que los hombres <sup>1189</sup>

La mayor parte de las investigaciones en salud se han realizado por hombres sobre hombres y los resultados se aplican a las mujeres. Se debe identificar las necesidades únicas de las mujeres tanto las relacionadas con la función productiva como a los roles de cuidados. Así si consideramos que las mujeres viven más que los hombres, tienen menos posibilidades en caso de tener cónyuge, que éste las cuide en caso de enfermar y ayudar en las tareas del hogar al recibir el alta hospitalaria. En el mismo sentido las mujeres jóvenes con hijos tienen menos posibilidades de recuperarse delante de un alta hospitalaria. Sin dejar de mencionar que al vivir más años tienen más posibilidades de padecer enfermedades crónicas, por eso también es importante la prevención <sup>1190</sup>

La perspectiva de género en materia sanitaria se debe incorporar en todas las fases de desarrollo de la asistencia sanitaria para que haya igualdad y efectividad en la protección a la salud. Para identificar las cuestiones diferenciales se deben tener en cuenta tanto los factores biológicos como psicosociales. Se trataría de visibilizar las diferencias de género elaborando planes efectivos que tuvieran en cuenta la salud de las mujeres en cada etapa de su vida. La atención primaria debe tener en cuenta estas especialidades. <sup>1191</sup>

Los factores psicosociales de género han afectado a las mujeres en la pandemia. Sirva esta pandemia de referencia para que no se perpetuen desigualdades de derechos entre hombres y mujeres. Hay una alta feminización de profesiones consideradas esenciales expuestas a un incremento de la situación de riesgo, así personal sanitario, dependientas de supermercados, entre otras. Una situación bastante difícil que ha generado estrés emocional es la vivida por las empleadas de hogar y cuidadoras internas. Han debido permanecer con la persona que cuidaban y dejar desatendido su propio hogar.

---

<sup>1189</sup> Ibidem 1668.

<sup>1190</sup> Ibidem 1669, 1670.

<sup>1191</sup> SIERRA HERNÁIZ, E. “*Perspectiva de género en materia sanitaria*” op. Cit pág. 1675 y 1676.

La COVID-19 ha afectado de forma diferente a mujeres y hombres ya sea en contagios, sintomatología, factores de riesgo, tasa de hospitalización. En la sintomatología los hombres presentan neumonía en mayor medida que las mujeres y éstas presentan sintomatología como la diarrea o vómitos. Es clave la consideración diferencial a la enfermedad que ellas y ellos han sufrido a causa de la asignación de roles de género y cuidado. En este sentido las mujeres son mayoría entre el personal sanitario y en el personal de residencias, y quienes han cuidado en sus hogares a las personas más vulnerables. La sobrecarga de trabajo y la presión han afectado también a la salud mental.<sup>1192</sup>

Durante el confinamiento se han constatado situaciones de violencia de género, aumento del estrés en mujeres, incluidas las que realizaban teletrabajo que debían complementar sus tareas del hogar con los requerimientos de su actividad profesional, por eso es tan importante la corresponsabilidad. También han perdido ingresos y puestos de trabajo, sin duda como indica VALLS “*El incremento de la pobreza tiene rostro de mujer.*”<sup>1193</sup>

Merece hacer referencia en este apartado a la reciente modificación de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.<sup>1194</sup> Es de destacar la modificación del Título I ya que se le cambia la denominación “*Responsabilidad institucional en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos*”. Se añaden los artículos 5 bis a 5 sexies. El motivo es la regulación de la salud durante la menstruación: incapacidad temporal derivada de menstruaciones incapacitantes secundarias.

Se debe resaltar también que queda modificado el Título II “*Interrupción voluntaria del embarazo*”. El artículo 13 prescribe que las interrupciones se deben realizar en centro sanitario público o centro privado acreditado, se añade el artículo 13 bis dónde se

---

<sup>1192</sup> Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer. “*La igualdad en época de pandemia. El impacto de la Covid-19 desde la perspectiva de género*” pág. 6 y 7.

<sup>1193</sup> VALLS-LLOBET C. “*Mujeres invisibles durante la pandemia*” en Universitat de València. *Mètode. Revista de difusió de la investigació* número 4 diciembre 2020 Disponible en <https://metode.es/revistas-metode/opinio-revistas/mujeres-invisibles-durante-la-pandemia.html>

<sup>1194</sup> LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. (BOE 1 de marzo de 2023) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5364>

subraya que toda mujer podrá interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad de consentimiento de sus representantes legales.

En relación con la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras catorce semanas de gestación ya no será necesario informar a la mujer embarazada sobre derecho, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y tampoco el plazo hasta ahora necesario de reflexión de tres días. Así las cosas, también el artículo 19 bis reconoce expresamente el derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario y el registro de objetores de conciencia en el artículo 19 ter. Valga también que hay que mencionar que se añade un Título III: “*Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos*” para garantizar los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico.

## **5. LA ASISTENCIA SANITARIA. COVID-19 Y PERSONAS DE EDAD AVANZADA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS RESIDENCIAS DE MAYORES**

El Covid-19 irrumpe en un momento que el sistema sanitario estaba debilitado por los continuos recortes económicos de años anteriores. Obliga también a que haya una coordinación entre los sistemas sanitarios de cada CCAA, al ser el SNS un sistema descentralizado. Si el SNS hubiese tenido una mayor financiación se hubiese podido dotar al sistema sanitario de más medios materiales y humanos. Se añade que la ratio de personal en las residencias de mayores era insuficiente. Se debería incidir en la formación especializada del personal que desarrolla actividades en residencias.<sup>1195</sup> Otro tema que se presenta es la privatización de este sector por la saturación que se ha producido y que sin duda se producirá.

La pluripatología de las personas de edad avanzada ha sido uno de los desencadenantes de la afectación del virus del Covid-19 en este colectivo vulnerable de población. En los primeros meses de la pandemia era más difícil el diagnóstico del virus por una variación clínica variable. La pandemia del Covid-19 ha tenido un impacto muy negativo en las

---

<sup>1195</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A. B “La atención sanitaria a las personas de edad avanzada” en AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA M. N, VILA TIerno, F, ÁLVAREZ CORTES, J.C (directores) Editorial Aranzadi SAU, Navarra 2021 Pág. 720 y 1723.

personas de edad avanzada, sobretodo en las que se encontraban en residencias. Como pone de manifiesto Los datos hasta el 22 de junio de 2020 son lamentables: 20301 fallecidos en residencias de un total de 29. Fallecimientos, es decir el 68,4 por ciento.  
1196

El Informe del Grupo de Trabajo COVID-19 y Residencias indica que se “*podría por lo tanto estimar como plausible un rango entre el 47% y el 50% de afectación en residencias respecto al total de fallecimientos por la enfermedad del COVID-19 en la primera oleada*”<sup>1197</sup>. Las diferencias varían por no contabilizarse los casos “de síntomas compatibles” y sólo se tuvieron en cuenta las personas que se encontraban en residencias. No obstante, por el Ministerio de Sanidad sí se tienen en cuenta los “compatibles”<sup>1198</sup>

Las causas de la letalidad en personas mayores se deben a su edad avanzada que hace que tengan más de una patología (sobretodo a partir de 70 años y con una especial gravedad a partir de los 80). La coordinación sanitaria y la preparación de los centros médicos tampoco estaba preparada para asumir las consecuencias de una pandemia, a lo que habría que tomar nota, más los pocos medios de que dispusieron.

Otra causa que también influye es el nivel de dependencia funcional de las personas que se encuentran en residencias. Esto hace que se interaccione entre trabajadores y diversos residentes. Además, la organización interna de las residencias con habitaciones compartidas, los locales de uso común como el comedor, etc propiciaban una rápida propagación del virus. Se está intentando promover el llamado “*modelo de atención centrado en la persona.*”<sup>1199</sup>

El Grupo de Trabajo Multidisciplinar que asesora y apoya al Ministerio de Ciencia e Innovación en materias científicas relacionadas con el Covid-19 elaboraron el Informe: “*Informe sobre el impacto del COVID-19 en las personas mayores, con especial énfasis*

---

<sup>1196</sup> MALDONADO MOLINA, J. A “*La asistencia sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad*” AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA M. N, VILA TIerno, F, ÁLVAREZ CORTES, J.C (directores) Editorial Aranzadi SAU, Navarra 2021 pág. 789.

<sup>1197</sup> Vid. [https://www.imserso.es/imserso\\_01/mas\\_informacion/serv\\_soc/inf\\_cr/index.htm](https://www.imserso.es/imserso_01/mas_informacion/serv_soc/inf_cr/index.htm)

<sup>1198</sup> MALDONADO MOLINA, J.A “*La asistencia sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad*” op. Cit pág. 791.

<sup>1199</sup> Ibidem pág. 797.

*en las que viven en residencias*”<sup>1200</sup> señala las principales causas en la mayor fragilidad y comorbilidad que deriva en alteraciones inmunitarias, falta de coordinación en la atención sociosanitaria, falta de medidas de prevención y detección, falta de medidas de protección individual y entre otras no tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la hora de tomar medidas.

En el manifiesto “*Ante la crisis de Covid-19: una oportunidad un mundo mejor. Declaración en favor de un necesario cambio en el modelo de cuidados de larga duración en nuestro país*”<sup>1201</sup> dónde las alternativas de alojamiento se orienten a tener como objetivo la persona. Este escenario fue el que se siguió en la Orden SND/265/2020<sup>1202</sup> (vigente hasta el 21 de junio de 2020) dónde se estableció la división de los usuarios según situación sanitaria por empleo por plantas. Hubiese sido un sistema plausible para su continuación en situaciones de pandemia y no sólo en situaciones de emergencia como la que se produjo. El sistema de profesionales rotatorio favoreció su propagación.<sup>1203</sup>

Es significativa la atención que se merecen las personas de edad avanzada. Por ello era muy importante la coordinación socio sanitaria en personas que residían en centros de mayores o dependientes. El colapso sanitario y el temor al colapso provocó un protocolo de admisión de pacientes. En Cataluña se implantó un Protocolo de Servicio de Emergencias Médicas dónde había una recomendación de no ingresar a la UCI a determinados pacientes de más de 80 años con coronavirus, siguiendo el criterio de futilidad.<sup>1204</sup>. Este tipo de prácticas dejan de entrever criterios de edadismo y gerontofobia.

Ha habido momentos de la pandemia que se había asumido como normal que las personas de avanzada edad muriesen a causa del virus Covid-19. El colectivo de

---

<sup>1200</sup> Ministerio de Ciencia e Innovación. *Informe sobre el impacto del COVID-19 en las personas mayores, con especial énfasis en las que viven en residencias* Julio de 2020.

<sup>1201</sup> <https://www.fundacionpilares.org/noticias/200401-cambio-modelo-cuidados-php/> de 1 de abril 2020.

<sup>1202</sup> Orden SND/265/2020 de 19 de marzo de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE de 21 de marzo) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3951> (norma que deja de ser vigente el 21 de junio de 2020).

<sup>1203</sup> MALDONADO MOLINA, J.A “*La asistencia sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad*” op. Cit pág. 797.

<sup>1204</sup> Recomanacions per suport a les decisions d'adequació de l'esforç terapèutic (AET) per pacients amb sospita d'infecció per-COVID-19 i insuficiència respiratòria aguda (IRA) hipoxèmica. De 25 de març de 2020.



personas mayores sufre gerontofobia en general en la atención primaria tanto por la falta de atención del médico de atención primaria como en la ausencia de médicos geriatras en la atención especializada.<sup>1205</sup> El Informe elaborado por Médicos Sin Fronteras ponía de relieve y visibilizaba como estas carencias habían dado su fruto más negativo en la pandemia.<sup>1206</sup>

El RD 1277/2003<sup>1207</sup> no regula los centros residenciales como centros sanitarios. Las residencias son centros sociosanitarios: centros asistenciales dentro de los que se presta un servicio sanitario. Para que así la persona esté atendida a nivel sanitario, siempre que por sus problemas crónicos no deba residir en centros sanitarios. No obstante, sí que se señala que dentro de los mismos se prestarán servicios sanitarios. Estos consistirán en Medicina General, Enfermería, Podología, Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Depósito de Medicamentos y otras unidades asistenciales. De hecho, no hay en el ordenamiento jurídico español una atención especializada sanitaria para personas de la tercera edad, sino sólo una modalidad de atención primaria. (art. 12.2 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo y forma más específica en el Anexo II del RD 1030/2006). No es óbice hay que indicar que sobretodo en la primera ola de la pandemia la atención primaria estaba saturada.

Hay pocos hospitales que tengan prevista atención especializada para personas mayores.<sup>1208</sup> Otra prestación importante es la atención farmacéutica. Así el art. 6 del RD 16/2012 establece la obligatoriedad de un servicio de farmacia hospitalaria propio en los centros de asistencia social si se superan las cien camas o más en régimen de asistidos, aunque se permite que por parte de las CCAA haya una regulación propia.

Sea como fuere la coordinación sociosanitaria durante la primera ola de la pandemia en centros residenciales fue un fracaso. Lo que llevo a que el art. 10.2 del la Ley 2/2021 de

---

<sup>1205</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A.B “La atención sanitaria a las personas de edad avanzada” op. Cit . Pág. 1726.

<sup>1206</sup> Médicos Sin Fronteras. “Poco, tarde, y mal: El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la Covid-19 en España” agosto de 2020 Disponible en: <https://www.msf.es/actualidad/poco-tarde-y-mal-denunciamos-inaceptable-desamparo-los-mayores-las-residencias-durante-la>

<sup>1207</sup> RD 1277/2003 de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. (BOE de 23 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-19572&p=20211109&tn=6>

<sup>1208</sup> MALDONADO MOLINA, J.A “La asistencia sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad” op. Cit pág. 812.

29 de marzo<sup>1209</sup> se exigiese a las autoridades competentes, la coordinación de los centros residenciales con los recursos sanitarios del sistema de salud de la CCAA en que se ubicasen. En una sociedad en la que la esperanza de vida es cada vez mayor es triste que las personas mayores no tengan un trato especial ni incluso en las normas internacionales de derechos fundamentales. En este orden de cosas señalar que las restricciones sociales de confinamiento tienen un efecto muy negativo para la salud mental y física de las personas de mayor edad por el aislamiento y soledad.

El Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia<sup>1210</sup>: valoró las implicaciones problemáticas en la prevención y asistencia clínica para garantizar los derechos fundamentales de los colectivos más vulnerables, acceso a cuidados intensivos y aplicación de ventilación mecánica asistida. El colectivo de mayor edad debía ser tratado en las mismas condiciones que el resto de población tanto en el momento de admisión a la UCI como en la aplicación mecánica ventilada asistida. No puede ser la edad el único motivo de descarte.

Sería interesante que hubiera un catálogo de derechos de las personas mayores, colectivo vulnerable. Y una reflexión para que no se vuelva a producir una discriminación por razón de edad al no realizarse una atención individualizada médica durante la pandemia, además de la negación de derivación a hospitales. No son temas baladí, que debido a su repercusión y a las denuncias realizadas será la justicia quién tenga la última palabra.

Es lamentables las muertes producidas por insuficiencias respiratorias, sin respiradores y sin atención paliativa. Se debe abogar por un sistema en las *residencias centrado en las personas y en unidades de convivencia reducida*. Vivir en una residencia no debería implicar una merma del derecho a la protección de la salud.<sup>1211</sup> Sí que se debe subrayar no obstante que la prioridad de la vacunación del Covid-19 se ha centrado en las personas mayores prioritariamente. De forma muy puntual se ha mostrado su negativa a

---

<sup>1209</sup> Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE del 30 de marzo) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-4908>

<sup>1210</sup> Ministerio de Sanidad. “Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia”: El SARS- CoV-2. Abril del 2020.

<sup>1211</sup> MALDONADO MOLINA, J.A “La asistencia sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad” op. Cit pág. 826.

la vacunación por parte de la persona o de su tutor/a. En los casos judicializados se han ponderado los intereses concurrentes para la obligación de la vacunación frente al mayor riesgo que suponía no hacerlo, y en los que la negativa derivaba de la persona que ejercía de tutor.<sup>1212</sup>

En base al Informe de Amnistía Internacional de diciembre de 2020 “*Abandonadas a su suerte la desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia Covid-19 en España*” se hizo claramente evidente que durante el primero pico de la pandemia que las medidas que se adoptaron para dar respuesta a la pandemia del COVID-19, sobre todo en Cataluña y Madrid vulneraron los derechos humanos de las personas mayores que vivían en residencias. Especialmente lamentable la vulneración del derecho a la salud, a la vida, no discriminación, vida privada y el derecho a una muerte digna.<sup>1213</sup>

En suma, tampoco se puede contabilizar el número de personal de trabajo social que fue afectado por la enfermedad del coronavirus, como sí ocurrió con el personal sanitario. En consecuencia, no se puede estimar el número de personal que trabajaba en residencias que fue afectado por la pandemia del COVID-19. Según datos de Amnistía Internacional se pudo documentar que en los momentos críticos de la pandemia hubo casos de residencias, dónde más del 50% del personal estaba de baja.<sup>1214</sup>

Es realmente impactante que en las CCAA de Cataluña y Madrid como se ha indicado ut supra que no realizaron derivaciones a hospitales de las y los residentes. Fue una decisión automatizada sin que se realizasen valoraciones individuales. Además, se pensó en instrumentalizar parte de la gestión sanitaria mediante la “*la medicalización de las residencias*” en base a la situación de saturación hospitalaria. No obstante, no se llevó a cabo por no ser materialmente viable transformar una residencia en un hospital y no adoptaron medidas alternativas. Sin perjuicio de que tampoco se dió continuidad a sus necesidades diarias.

---

<sup>1212</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A.B “La atención sanitaria a las personas de edad avanzada” op. Cit. pág. 1735.

<sup>1213</sup> Amnistía Internacional. “Abandonadas a su suerte” La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia del COVID- 19 en España” Diciembre de 2020 Pág. 4

<sup>1214</sup> Idem

Otro hecho que puso de manifiesto Amnistía Internacional fue el “encierro de facto” y confinamiento de personas mayores en sus cuartos por períodos largos de tiempos con todo lo que ello supone, o se muere de enfermedad o de tristeza. Si además se tiene en cuenta la prohibición de visitas de familiares o la cancelación de las actividades que se realizaban con habitualidad la soledad era inevitable que les invadiera. En suma, la consiguiente falta de transparencia y preocupación de familiares o amistades. En definitiva, una vulneración indignante a la dignidad y al respeto a la vida privada y familiar. No deja de ser el resultado de las medidas de austeridad y la infrafinanciación de la sanidad producto de los recortes sanitarios y sociales que se han producido deteriorando la asistencia sanitaria en España.<sup>1215</sup>

Se debería asegurar que todas las decisiones médicas se basen en evaluaciones clínicas individualizadas, criterios éticos donde prevalezca el derecho a la salud y a la dignidad y a la mejor evidencia científica posible. Además, garantizar se proporcionen EPIS a todo el personal, a las personas residentes y a las personas que les visiten. En otras palabras, priorizar el interés superior de las personas mayores residentes en los centros residenciales y determinar en todo momento que las restricciones se basan en evaluaciones de riesgo individualizadas.

De suma importancia también debería ser recoger y proporcionar datos sobre las personas mayores con análisis de género, edad y discapacidad de estos. Se debe recordar que España ha ratificado la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>1216</sup> y se deben tener en cuenta los ODS y Agenda 2030 y principios de la ONU en favor de personas de edad.

---

<sup>1215</sup> Amnistía Internacional. “Abandonas a su suerte” La desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia del COVID- 19 en España” Diciembre de 2020 Pág. 6

<sup>1216</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Disponible en [BOE.es - BOE-A-2008-6963](https://www.boe.es/boe/BOE-A-2008-6963)  
Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

## **VI. EL DERECHO A LA SALUD Y LA NORMATIVA LABORAL**

Este capítulo abordará el análisis de la protección en la normativa laboral. No pudiendo llegar a toda la normativa laboral las principales normas que se van a citar a lo largo del capítulo serán el ET y la LPRL. Primero se realizará un análisis de las normas que protegen el derecho a la salud en el ET, en segundo lugar, se realizará una especial incidencia en la LPRL, para así en el tercer apartado incidir en la prevención de los riesgos psicosociales.

Los cuatro apartados siguientes se referirán a la prevención de riesgos y su relación tanto con el Covid-19, las nuevas tecnologías y una mirada de la prevención de riesgos con perspectiva de género, para finalizar con la Estrategia catalana de seguridad y salud en el trabajo. Se debe recordar que la prevención de riesgos laborales se enmarca más directamente con el ODS número 8, trabajo digno y crecimiento económico. Lo que no es óbice para que se interrelacione con los demás así por ejemplo el 3 sobre salud y bienestar.

### **1. LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

El Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>1217</sup> recoge en el artículo 4 los derechos laborales, y en el artículo 4.2, los derechos en la relación de trabajo individual. Tanto el punto c) que se refieren a la no discriminación para el empleo o una vez empleados, como el punto d) la “*integridad física y una adecuada política de prevención de riesgos laborales*”, como el punto e) relacionado con el respeto a la intimidad y a la dignidad, comprendida la protección frente al acoso laboral, acoso sexual o acoso por razón de sexo, todos ellos se relacionan con la protección de la salud en el entorno laboral.

En lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo, el ET le dedica el artículo 19. Se divide en cinco apartados. El primero prescribe el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. De este modo la

---

<sup>1217</sup> RD Legislativo 2/2015 de 23 de octubre (BOE del 24), (en adelante ET) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

contrapartida es el segundo apartado las personas están obligadas a adoptar las medidas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo. Además, pueden participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo en la inspección y control de las medidas que sean de observancia obligada por el empresario.

Importante es el apartado cuatro del artículo 19 dónde se prescribe la necesaria formación teórica y práctica suficiente y adecuada tanto al inicio de la relación laboral como en cualquier cambio que acontezca ya sea técnico o de otra índole. La formación en prevención de riesgos laborales debe ser continua y actualizada. En el último apartado de este importante artículo se destaca el papel de los delegados de prevención y en su caso los representantes de los trabajadores.

Indica el apartado quinto del artículo 19 qué realizar si se observa una probabilidad *seria y grave de accidente* por inobservancia de la legislación de aplicación. Se requerirá, por parte de las y los delegados de prevención y en su defecto las y los representantes de los trabajadores al empresario por escrito para adoptar las medidas necesarias. Si en cuatro días la petición no es atendida se pueden dirigir a la autoridad competente. Si ésta considera también probabilidad seria y grave de accidente requerirá al empresario para la observancia de la normativa o paralización del trabajo si se estima un riesgo grave de accidente.

En el caso de *riesgo inminente* de accidente, por decisión mayoritaria de los representantes de los trabajadores se puede acordar la paralización de las actividades. Si los representantes de los trabajadores no pueden reunirse con urgencia el acuerdo podrá ser adoptado por decisión mayoritaria de los delegados de prevención. El acuerdo se comunicará a la empresa y a la Autoridad Laboral. Ésta en 24 horas anulará o ratificará la decisión acordada.

Importante es el artículo 20.4 dónde se señala que las y los empresarios pueden verificar el estado de salud de las y los trabajadores para poder comprobar su ausencia. Se realiza un reconocimiento a cargo del personal médico. La justificación de esta verificación deriva de la dirección y control de la actividad laboral. Por lo que la negativa al reconocimiento por parte de la persona trabajadora podría determinar la suspensión de los derechos económicos.

Adicionalmente el artículo 20 bis, que fue añadido por la LO 3/2018<sup>1218</sup>, es el que hace mención por primera vez en el ET a la desconexión digital: “*Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de derechos digitales*”. Ciertamente los artículos 37 y 38 del ET tienen una afeción directa a la salud laboral, por su regulación respectiva al tiempo de trabajo, descanso semanal fiestas y permisos y a las vacaciones.

Merece hacer nuevamente referencia a la derogación del controvertido artículo 52 c) del ET<sup>1219</sup> ya que es un brindis a la protección de la salud, y más en un contexto de pandemia, aunque la norma no tenía efectos retroactivos. En el derogado artículo como ya se había indicado legitimaba la extinción contractual con derecho a indemnización en el caso de inasistencias injustificadas. Así las bajas médicas por contingencias comunes de duración inferior a 20 días de las personas trabajadoras al superar determinados porcentajes. Debido a que ya existe una norma como el art. 54.2 a) del ET para las faltas de asistencia injustificadas, se derogó el art. 52 d).

Al respecto la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021<sup>1220</sup> entronca con la figura jurídica del despido, bajas por incapacidad y la calificación jurídica de la nulidad. Se declara la nulidad del despido por vulnerar la integridad física y moral. La resolución argumenta que la doctrina del TS señala que la mera situación de enfermedad no comporta la calificación del despido como nulo. Y también argumenta que el TC advierte en sentencias como la STC 118/2019<sup>1221</sup> para que se pueda apreciar la

---

<sup>1218</sup> LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantía de los derechos digitales. Se añade por la disposición final 13 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>

<sup>1219</sup> Ley 1/2020, de 15 de julio, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52 c) del ET. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-7937>

<sup>1220</sup> Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 14 de septiembre de 2021. Núm. de resolución 4380/2021 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cffc16162d94abb0/20211011>

<sup>1221</sup> MORENO GENÉ, J. “La política empresarial de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (rec. 2943/2021)”. Universitat Pompeu Fabra. IUSLabor 3/2021 pág. 181

“vulneración del artículo 15 de la CE es necesario que se produzca una actuación de la que se derive un riesgo o se produzca un daño a la salud del trabajador”.

En este sentido de tal argumentación la resolución señala que la actuación de la empresa constituye una vulneración del derecho a la integridad física. Se trataba de una política de empresa que tendía a despedir a quien había estado en situación de incapacidad temporal con frecuencia, esto suponía un factor de desagregación y miedo a las personas trabajadoras. Es una amenaza genérica, directa y disuasoria para proteger el derecho a las personas a su integridad física y moral. Según la resolución si se hubiese despedido a una persona estando de baja por IT hubiese sido algo excepcional, en contra si es una política de empresa, aplicado de forma general supone vulneración de derecho fundamental.<sup>1222</sup>

Interesante es el voto particular del Magistrado Ilmo. Sr. FALGUERA BARÓ, al que se adhiere el Sr. AGUSTÍ MARAGALL. Explica que la demandante tenía la condición de “trabajadora especialmente sensible” (TES) en base al artículo 25 de la LPRL. “sus propias características personales o estado biológico desconocido son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”. La empresa no adoptó ninguna de las medidas previstas en dicho artículo (evaluación individual, adaptación del puesto, cambio de puesto, etc). Funda su argumentación en la STJUE de 11 de septiembre de 2019, C-397/18<sup>1223</sup>. Aquí se argumenta que los TES no son personas con discapacidad pero que podrían serlo en función de las circunstancias concurrentes

---

<sup>1222</sup> ROJO TORRECILLA, E. “La empresa a la que no le gustaba que su personal estuviera de baja... y por ello procedía a su despido (y la importancia de los hechos probados). Notas a la sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/la-empresa-la-que-no-le-gustaba-que-su.html>

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. “Nulidad por “política de empresa dirigida a despedir injustificadamente a trabajadores de baja por IT (STSJ Cataluña 14/09/2021)” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* Disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/10/21/nulidad-por-politica-de-empresa-dirigida-a-despedir-injustificadamente-a-trabajadores-de-baja-por-incapacidad-temporal-stsj-cataluna-14-9-21/>

<sup>1223</sup> STSJ de 11 de septiembre de 2019. Asunto C-397/18 Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=217624&doclang=es>



Señala el Magistrado que no se puede hablar de enfermedad de larga duración, pero sí se debe tener en cuenta la STJUE en el caso Daouidi<sup>1224</sup> se debe valorar si entre los indicios que permiten considerar una limitación de la capacidad duradera figuran en el que la fecha “*del hecho discriminatorio la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo*” En base a esto, la empresa delante de una lumbalgia debería haber adoptado las medidas legales preventivas. La doctrina “Daoudi” indicó que una limitación de larga duración se podría incluir en el concepto de discapacidad que prescribe la Directiva 2000/78. Si se incluye en el concepto de discapacidad podría ser discriminatoria y defender en este caso la nulidad del despido.<sup>1225</sup>

En la sentencia no se tuvo en cuenta en ningún momento la “*gestión preventiva con clave de género*”. Una mirada vista desde los Planes de Igualdad (RD 901/2020<sup>1226</sup>) o el Convenio 190 de la OIT. Además, que no es baladí que se debe tener en cuenta el obligado art. 4 de la LO 3/2007<sup>1227</sup> para enjuiciar. En efecto es un sector feminizado donde se infravalora sus riesgos y donde hay un factor de segregación horizontal del mercado de trabajo.<sup>1228</sup>

Importante consideración para realizar y que se menciona con posterioridad en las conclusiones nuevamente: Se debería valorar que entre las causas de nulidad que se relacionan en el artículo 55.5 del ET se pudiese considerar la del despido por estar enfermo/a. Después de la derogación del artículo 52 d) la consideración que se le puede dar en el caso de no ser procedente es la improcedencia. En estos casos salvando que

---

<sup>1224</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016 C-395/15 caso Daouidi Disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185743&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=792978>

<sup>1225</sup> BELTRAN HEREDIA, I. “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por IT?” Disponible [A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse \(injustificadamente\) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES \(ignasibeltran.com\)](https://www.ignasibeltran.com) pág. 5.

Consulta julio 2022.

<sup>1226</sup> RD 901/2020 de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12214>

<sup>1227</sup> LO 3/2007 de 22 de marzo (BOE del 24 de marzo) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

<sup>1228</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “Cal y arena: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona) con ocasión de la Sentencia del TSJ de Cataluña 4380/2021 de 14 de septiembre.” CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social núm. 464 de noviembre de 2021. Págs 178.

el trabajador sea representante de los trabajadores, la opción entre readmisión o indemnización corresponde al empresario. La nulidad tiene como consecuencia la readmisión de la persona trabajadora por lo que la diferencia es importante. La persona trabajadora tiene la tesitura de no quedarse en desempleo por lo que no exteriorizaría su enfermedad, no se estaría protegiendo el derecho a la salud.<sup>1229</sup>

En la STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 la empresa conocía la situación de enfermedad de la trabajadora, el motivo. Mientras estuviera expuesta a una actividad laboral sedentaria las bajas por IT eran inevitables. No se adoptó ninguna medida preventiva para solucionar su problema de salud, con vulneración al derecho a la salud, al trabajo y a la igualdad.<sup>1230</sup> La empresa no adopta ninguna medida preventiva en base al artículo 25 LPRL. Lo que indica la sentencia es que se debe diferenciar que pese a sus dificultades pueda requerir tratamiento y por otro lado que se tratara de una intervención específica de adaptación por estar ante una persona especialmente sensible.<sup>1231</sup>

La sentencia del TS de 29 de enero de 2001<sup>1232</sup>, se consideró que despedir por ausencias por estar una persona enferma no vulnera derechos fundamentales: *“Las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2 c) 2º del ET, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa del interés productivo...”* Se echa de

---

<sup>1229</sup> MORENO GENÉ, J. “La política empresarial de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (rec. 2943/2021)”. op. Cit pag 181.

<sup>1230</sup> Ibidem, pág. 201.

<sup>1231</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “Cal y arena: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona) con ocasión de la Sentencia del TSJ de Cataluña 4380/2021 de 14 de septiembre.” CEF *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 464 de noviembre de 2021. Págs 178.

<sup>1232</sup> TS. Sentencia de 29 de enero de 2001. Recurso 1566/2000 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/19e742068e1e3c61/20040515>

menos la protección de la salud, de su curación frente a la productividad de la empresa.<sup>1233</sup>

Más acertada a nivel de defensa del orden constitucional y europeo de valores en materia de despidos fue la sentencia dictada por el mismo Magistrado en fecha 31 de enero de 2011 basándose en las SSTC 62 y 160/2007<sup>1234</sup>. Atisba correcta la calificación de nulidad por tratarse de una orden de trabajo, poder dirección y organización empresarial, que genera un daño para la salud<sup>1235</sup>. La amenaza de despedir si la persona trabajadora no solicita el alta médica y abandona el tratamiento médico constituye un riesgo claro a la salud, y lesiva a la integridad física (violación del artículo 15 de la CE) en base a la doctrina constitucional.<sup>1236</sup>

La sentencia del STSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 requiere de una fundamentación jurídica más concreta. Se deja entrever nuevamente el binomio entre condición humana sobre la condición productiva de las personas, como recurso productivo o capital humano que se amortiza. El ser humano debe ser tratado como persona no como un simple recurso productivo. Corresponde equilibrar la necesidad económica con la salud.<sup>1237</sup>

Siguiendo a MONEREO el art. 52 d) poseía un “*carácter presuntamente disciplinario*” que contrastaba con la esencia del artículo 52 del ET. Es decir, se castigaba a las y los trabajadores que enferman, cuando eran acreedores de una justificación objetiva que los amparaba. Los trabajadores enfermos, enfermos crónicos o con enfermedades asimilables a la discapacidad deberían calificarse los despidos de nulo por ser

---

<sup>1233</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “Cal y arena: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona) con ocasión de la Sentencia del TSJ de Cataluña 4380/2021 de 14 de septiembre.” CEF Revista *de Trabajo y Seguridad Social* núm. 464 de noviembre de 2021. Págs 167-185.

<sup>1234</sup> STS de 31 de enero de 2011 (recurso 1532/2010) Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b5b2f9b8fb6e516/20110317>

<sup>1235</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “Cal y arena: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona) con ocasión de la Sentencia del TSJ de Cataluña 4380/2021 de 14 de septiembre.”. Págs 171.

<sup>1236</sup> STS de 31 de enero de 2011. (recurso 1532/2010). Fudamento de de derecho tercero. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b5b2f9b8fb6e516/20110317>

<sup>1237</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “Cal y arena: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona) con ocasión de la Sentencia del TSJ de Cataluña 4380/2021 de 14 de septiembre.”. Págs 185.

discriminatorios y vulnerar derechos fundamentales. <sup>1238</sup>No de otra forma se puede proteger el derecho a la salud. <sup>1239</sup>

El TC<sup>1240</sup> en sentencia de 16 de octubre de 2019 por su parte había desestimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social 26 de Barcelona y declaró la constitucionalidad del artículo 52d) con el derecho a la integridad física y moral, con el derecho al trabajo y con el derecho a la protección de la salud. Su fundamentación se basó en la libertad de empresa y defensa de la productividad como valor superior a la protección de la salud. No se sigue esta línea en este trabajo de investigación, la salud es un derecho que debería prevalecer sobre la libertad de empresa.

El TS en sentencia de 22 de febrero de 2022, sentencia ya vista ut supra con detalle en esta tesis, desestimó el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla la Mancha de 10 de abril de 2019<sup>1241</sup>. Éste había desestimado el recurso de suplicación interpuesto por la parte empresarial contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca el 7 de marzo de 2018. Así las cosas, se entiende que el art. 52.d) del ET describía una discriminación indirecta por lo que se refiere a las ausencias provocadas por procesos de IT que deriven de enfermedades causantes de una discapacidad. <sup>1242</sup>

El TS sigue la misma línea que el TC. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca el 7 de marzo de 2018 tuvo su trascendencia ya que dio lugar a la petición de

---

<sup>1238</sup> MONEREO PÉREZ, JL GUINDO MORALES, S. “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52d) del ET” *Revista de Jurisprudencia Laboral* núm. 7 de 2019.

<sup>1239</sup> En relación a “el trabajo no es una mercancía (“Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, Declaración de Filadelfia de 1944.

<sup>1240</sup> TC. Sentencia núm. 118/2019, de 16 de octubre (BOE desestima la la cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019 interpuesta por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona.

<sup>1241</sup> TSJ de Castilla la Mancha de 10 de abril de 2019 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e925f6600bb0c04/20190508>

<sup>1242</sup> BELTRAN HEREDIA, I. “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por IT?” Disponible [A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse \(injustificadamente\) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES](https://www.ignasibeltran.com) (ignasibeltran.com) pág. 6

Consulta julio 2022

decisión prejudicial que el Juez de Instancia elevó al TJUE y que llevó a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16 Ruiz Conejero)<sup>1243</sup> com ya se ha visto en esta tesis doctoral. El TJUE dejó en manos del Juez nacional que resolviese en un sentido u otro para que evaluase si respecto de las personas con discapacidad y protección al derecho a salud y al trabajo, los medios del artículo 52 d) del ET no iban más allá de lo que se establecía para alcanzar la finalidad prevista.

Finalmente, en base a lo indicado por el TJUE tanto el Juzgador de Instancia, como en suplicación y casación se argumenta que hay discriminación cuando se procede al despido de un trabajador por bajas en el trabajo derivadas de su discapacidad, lo mismo que había declarado el TC en 2019. La aplicación de una norma aparentemente neutra como era el 52d) comportaba una desventaja a los trabajadores con discapacidad.<sup>1244</sup> En el mismo sentido la STS de 22 de mayo de 2020<sup>1245</sup>, dónde se señala que el supuesto que se enjuicia no se puede incardinar en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 siguiendo la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16 Ruiz Conejero).

Otros pronunciamientos judiciales en esta dirección: STS de 15 de marzo de 2018<sup>1246</sup>, adopta el razonamiento de que, si se hubiera podido acreditar “*una situación duradera de futuro*” de la IT en la que se encontraba la trabajadora, se hubiera podido equiparar a la discapacidad según STJUE. Adicionalmente la STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017<sup>1247</sup> declaró la nulidad de un despido de un trabajador en IT debido a una enfermedad profesional (alergia y asma ocupacional). La empresa sabía que

---

<sup>1243</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16 (asunto Ruiz Conejero) disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=198527&doclang=ES>

<sup>1244</sup> ROJO TORRECILLA, E. “ Despido por absentismo y discriminación por discapacidad. Llegó el final del caso que dio lugar a la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16). Una nota a la sentencia del TS de 22 de febrero de 2022 (inexistencia de contradicción a efectos del RCUD). “*El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada crítica abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*” 4 de marzo de 2022 Disponible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/03/despido-por-absentismo-y-discriminacion.html>

<sup>1245</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 22 de mayo de 2020 Sentencia núm. 389/2020 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/20eb89c2c74dfcc/20200615>

<sup>1246</sup> STS de 15 de marzo de 2018 núm. recurso 2766/2016 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7e67b2066b178342/20180413>

<sup>1247</sup> STSJ País Vasco de 26 de septiembre de 2017 (recurso 1734/2017) <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ff6deaf2e597b894/20171204>

mientras el trabajador quedara expuestos a estas condiciones laborales la enfermedad continuaría.

Cabría también que el legislador pudiese considerar la nulidad objetiva, es decir, que la calificación pudiese ser procedente o nulo. Esta calificación se reconoció en la Sentencia del TSJ de Cantabria el 18 de enero de 2019.<sup>1248</sup> La sentencia señala que es importante diferenciar el despido por discapacidad que por enfermedad. En los hechos se indica que la actora con la categoría de camarera fue ingresada en urgencias dónde permaneció tres días y a partir de ese momento inicia un proceso de IT. El diagnóstico fue de carcinoma epidermoide infiltrante. La trabajadora es despedida al no poder sostener la empleadora la baja en plena época estival.

La sentencia resuelve que no se trata de una mera enfermedad sino de una discapacidad. *“El carcinoma epidermoide infiltrante (cáncer de útero) ocasiona una limitación duradera, al tratarse de un proceso morboso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo; muy al contrario, es muy posible que su tratamiento conlleve cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirá la participación plena y efectiva de la actora de la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”* Se trata de una situación de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo. Subraya el Tribunal que al tratarse de una patología claramente femenina se debe enjuiciar con perspectiva de género.

En efecto en la primera redacción del ET junto a los incumplimientos de requisitos formales se introduce como una de las causas de despido las y los trabajadores en situación de suspensión del contrato, salvo que sea procedente. La evolución de la calificación jurídica de nulidad lleva a que la Ley 11/1994 eliminase las extinciones que sin responder a una causa legal se produjesen durante el período de suspensión del contrato de trabajo. En estos casos la calificación jurídica pasa de la nulidad a la improcedencia.<sup>1249</sup> Se reitera y se insiste en este trabajo de de investigación en la

---

<sup>1248</sup> TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 Sentencia 45/2019 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/072c80303541bbb8/20190204>

<sup>1249</sup> CARRIZOSA PRIETO, E. “Despido por IT: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental? Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2007” *Temas Laborales* núm. 96 de 2008 pág. 275-276.

reformulación del artículo 55.5 del ET para incluir como causa expresa de nulidad la suspensión del contrato por enfermedad.

Así las cosas, un despido basado como causa real en la enfermedad de la persona trabajadora sólo podrá ser declarado nulo si se prueba una discriminación por razón de enfermedad o en la vulneración del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la CE. Por lo que se refiere que se considere discriminatorio por razón de enfermedad el TS en Sentencia de 18 de diciembre de 2007 ha señalado como criterio de diferenciación: “*sitúe a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE*”<sup>1250</sup>

De esta forma la argumentación del TS se encauza en el sentido de que la enfermedad no es causa de discriminación. El motivo deriva que no afecta a un grupo de personas en concreto que tienen necesidades de integración laboral y social. No se podría asimilar tampoco a la discapacidad, porque ésta es de carácter permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial.<sup>1251</sup> Así pues, la enfermedad no sería causa de discriminación y no se podría alegar como vulnerado el artículo 14 de la CE. Si se diferencia la enfermedad y la discapacidad por su carácter permanente o transitorio quedaría sin definir dónde encuadrar las enfermedades crónicas.<sup>1252</sup>

La calificación del despido podría ser declarada “nula” vía artículos 15 y 43 de la CE. La STS de 18 de diciembre de 2007 no obstante desestima esta posibilidad por la ubicación del artículo 43. La sentencia acaba resolviendo el despido con la calificación de improcedente. En el mismo sentido la STS de 15 de marzo de 2018 que lo califica de improcedente, aunque no haya causa.<sup>1253</sup> Ha habido sentencias que sí han declarado la

---

<sup>1250</sup> STS 18 de diciembre de 2007 Número de resolución 4194/2006 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8383e9f00bca7931/20080207>

<sup>1251</sup> STS 18 de diciembre de 2007 Número de resolución 4194/2006 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8383e9f00bca7931/20080207>

<sup>1252</sup> CARRIZOSA PRIETO, E. “Despido por IT: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental? Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2007” op. Cit pág. 280.

<sup>1253</sup> STS de 15 de marzo de 2018 “*No es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora*” Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7e67b2066b178342/20180413>

calificación del despido como nulo estando la persona trabajadora enferma, como la STS de 31 de enero de 2011 ya vista ut supra.<sup>1254</sup>.

Es interesante la lectura de la estudiada STS de 18 de diciembre de 2007 porque señala que la enfermedad con carácter general no puede considerarse como motivo de discriminación porque no opera como factor de segregación de un grupo, sino como condición inherente a la condición humana. Cuando hay un despido porque una persona trabajadora está de baja “*no opera un móvil de segregación sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado*”. Establece la resolución que ya habido sentencias que se han pronunciado sobre la relación con el artículo 15 de la CE.<sup>1255</sup> Se indicaba que los efectos del despido continuaban como reacción de la empresa delante de los efectos que producían las bajas en el trabajo, más que una lesión a la integridad física.

El TS también ha declarado la nulidad cuando el sesgo discriminatorio es patente en enfermedades como el VIH/SIDA. En la STS de 29 de enero de 2001<sup>1256</sup> se refiere a “*que se establece un trato peyorativo para quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social*”, (como sería el caso de VIH/SIDA) en estos casos sí procedería la calificación de nulidad, sino se impone la improcedencia. No es baladí señalar que la STS de Cataluña<sup>1257</sup> por la que se fundó el recurso sí que había declarado nulo el despido: “*se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección establecida en las normas laborales y en la seguridad social*”

Por esto se insiste desde esta tesis doctoral en la necesidad de que derechos como la protección de la salud sean de primer orden, es decir derechos fundamentales. También hay pronunciamientos judiciales que se han inclinado por la nulidad basándose en la

---

<sup>1254</sup> STS de 31 de enero de 2011. (recurso 1532/2010) Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5b5b2f9b8fb6e516/20110317>

<sup>1255</sup> STS. Sal de lo Social de 22 de noviembre de 2007 Recurso 3907/2006 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b25113f8c5f5527/20080214>

<sup>1256</sup> STS de 29 de enero de 2001 Recurso 1566/2000 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/19e742068e1e3c61/20040515>

<sup>1257</sup> TSJ de Cataluña de 28 de febrero de 2000 Fundamento de derecho único: Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e9d05b42fc7b371f/20040729>



vulneración de la integridad física y moral (artículo 15 de CE).<sup>1258</sup> Si ir más lejos en el inicial ET de 1980 como se ha señalado se contemplaba como causa de nulidad los despidos de trabajadores con contrato de trabajo suspendidos por cualquiera de las causas indicadas en el art. 45.5 del ET de 1980. Como advertía BLASCO era positiva y relevante la cláusula contenida en el número 6 del artículo 55 ya que imposibilita la declaración de improcedencia de la persona que tuviese suspendido el trabajo por cualquier causa ya que si se aplica el despido sería nulo si la jurisdicción competente no aprecia su procedencia.<sup>1259</sup>

Al fin y al cabo, el derecho a la salud de las y los trabajadores tiene su engarce en el derecho a la integridad física. Lo que queda también de manifiesto en la PRL al consagrar tanto el principio de evitación del riesgo como de prevención de este dónde no es necesario que se produzca efectivamente la lesión. En palabras de CARRIZOSA: “*cualquier conducta que obligue al trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo o cualquier sanción que se imponga como consecuencia del ejercicio de los derechos en aras de preservar la salud e integridad del trabajador enfermo, le reconoce la normativa legal suponen un atentado contra el derecho a la integridad física y moral del trabajador, incluyendo las decisiones extintivas en las que no se haya acreditado causa real*”.<sup>1260</sup> En base al art. 24 de la CSE<sup>1261</sup> se debería clasificar con la nulidad en los casos de un “*plus de arbitrariedad extintiva*”<sup>1262</sup> Lo que sí se vulnerará siempre será el derecho al trabajo, con la correspondiente indemnización que marca el ET.<sup>1263</sup>

---

<sup>1258</sup> STS de Justicia del País Vasco de 27 de junio de 2003. Fundamento jurídico quinto “*Esta conducta empresarial vulnera, al entender de esta Sala, el derecho fundamental de la actora a su integridad física y moral, derecho que consagra el artículo 15 de la CE, motivo por el cual el despido se declarará nulo, ex. Artículo 55*” Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ad2870d989bf18a/20030830>

<sup>1259</sup> BLASCO SEGURA, B. “*El despido nulo en el derecho del trabajo español*” en AAVV “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80:III Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca 23-25 de septiembre, 1982) RIVERO LAMAS, J. (Coordinación). Editores: *Universidad de Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales*.1983 pág. 75 i 76.

<sup>1260</sup> CARRIZOSA PRIETO, E. “Despido por IT: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental? Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2007” op. Cit pág. 283.

<sup>1261</sup> Carta Social Europea.

<sup>1262</sup> MOLINA NAVARRETE, C “*El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la carta social europea? Comentario a la sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020 de 19 de noviembre*” CEF Revista de trabajo y Seguridad Social número 455 de febrero de 2021 pág. 245.

<sup>1263</sup> *Ibidem*. 282-283.

Sea como fuere el despido por baja estando la persona trabajadora enferma siempre se enmascarará bajo otra causa. En base a la legislación y doctrina de los tribunales la calificación de nulidad se enmarcaría cuando pueda ser asimilable a discapacidad.<sup>1264</sup> Se subraya en la STS de 23 de febrero de 2022<sup>1265</sup> que no hay por parte empresarial un propósito legislativo de derecho fundamental sino en la aplicación por parte del empresario de una norma, art. 52d) (actualmente derogada), “*que ocasiona a los trabajadores con discapacidad respecto de otros trabajadores en los que no concurre esta condición*”.

Por su parte la STS de 15 de septiembre de 2020 entiende que el despido es improcedente: Señala que no siempre que haya una decisión ilícita de la empresa se pueda constituir una lesión de derechos fundamentales. Para que sea nulo la persona trabajadora debe sufrir algún tipo de discapacidad en el sentido de “*dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*” Señala además que la antidiscriminación no está ligada a los términos específicos de la legislación de la seguridad social.<sup>1266</sup>

Sin embargo, hay que tener en cuenta un dato importante es la previsión que existe en el momento del despido en que la baja sea de corta o larga duración, muestra de ello es la STSJ de Galicia de 13 de abril de 2021<sup>1267</sup>. En este caso se califica el despido como nulo por la prohibición de discriminación por discapacidad. Se produce una apariencia objetiva de incapacidad duradera asociado a un elemento subjetivo en la actuación empresarial.

---

<sup>1264</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016 doctrina “Daouidi” STJUE de 1 de diciembre de 2016, C-395/15

<sup>1265</sup> STS de 23 de febrero de 2022. Se desestima el recurso por unificación de doctrina. Disponible en [https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ad98ddb7dcf07184/20220315?utm\\_campaign=Informaci%C3%B3n%20semanal%20Derecho%20laboral&utm\\_medium=email&utm\\_source=Revue%20newsletter](https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ad98ddb7dcf07184/20220315?utm_campaign=Informaci%C3%B3n%20semanal%20Derecho%20laboral&utm_medium=email&utm_source=Revue%20newsletter)

<sup>1266</sup> STS de 15 de septiembre de 2020 (764/2020). Fdto. Jurídico tercero. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9dcfb55b1d1bbfcc/20201020>

<sup>1267</sup> TSJ de Galicia de 13 de abril de 2021. (recurso 160/2020) Fdto Jurídico tercero. disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/75bb415d8f85a446/20210419>

El mismo día del accidente de tráfico de la persona trabajadora con la correspondiente baja en la seguridad social se produce el despido de aquel. En otras palabras, lo que se produce es una discriminación por apariencia “*el sujeto es discriminado por la discapacidad que, en base a una apariencia, el sujeto discriminador cree que tiene, y ello con independencia tenga o no tenga una discapacidad*”.<sup>1268</sup> El TSJUE en el caso Daouidi, además se consideraría discriminatorio en los casos que haya causas de segregación o también por presiones empresariales para que se cese en la baja y se solicite el alta.

Se plantea otro problema con la enfermedad y la contratación laboral, sobre la obligación por el principio de buena fe contractual si debe comunicar sus limitaciones funcionales.<sup>1269</sup> Al respecto la doctrina ha señalado que no puede exigirse a la persona trabajadora que comunique toda limitación funcional que tenga, sólo aquella que indica de forma significativa y objetiva sobre las funciones esenciales del puesto al cual se aspira.<sup>1270</sup>

La institución regulada en el ET y su correlación con el derecho a la salud como se ve a lo largo de la exposición tienen una relación clara. Se trae a colación una STSJ de las Islas Baleares<sup>1271</sup> en la que el fallo final hubiese podido ser la procedencia, pero a raíz de la enfermedad mental del trabajador se califica como improcedente. “*Lo que aparece con toda claridad es que el demandante no agredió a su compañero con la voluntad deliberada y plenamente consciente de causarle un mal físico sino como consecuencia del hecho de haber dejado de tomar la medicación prescrita y aparece por ello la agresividad derivada de la enfermedad psiquiátrica que presenta. Atendiendo a las circunstancias concurrentes la conducta del demandante no merece la sanción de despido*”. Con el respeto a la decisión, pero se podría haber enfocado por el deber de

---

<sup>1268</sup> En el ordenamiento jurídico español nos encontramos con la definición de discriminación directa por discapacidad del art. 2 c) del RD Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, en la UE Directiva 2000/78/CE art. 2.2 a) no se exige que el sujeto discriminado tenga discapacidad, sino que el sujeto discriminado sea discriminado por razón de discapacidad.

<sup>1269</sup> Vid. STC de 26 de mayo de 2008 disponible en “*de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla*”.

<sup>1270</sup> Article de Toscani. Pág. 31 és un llibre demanat a la biblioteca de Montilivi.

<sup>1271</sup>TSJ de las Islas Baleares resolución 324/2014 (fundamento jurídico segundo) disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84e6c9f64953910f/20141218>

prevención de riesgos que corresponde a la persona trabajadora, en este caso al tomar la medicación, deber del que sí era consciente.

En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2002<sup>1272</sup> dónde se declara la improcedencia de un trabajador de la ONCE. La sentencia argumenta la improcedencia del despido en base a la enfermedad sufrida por el trabajador: ludopatía. Esta enfermedad incapacita para desempeñar el puesto de agente-vendedor del cupón sin control de otra persona. La ONCE está obligada a realizar actividades de rehabilitación profesional, asignarle un puesto acorde con la incapacidad o iniciar expediente de incapacidad permanente. No hay que olvidar que la ONCE es una corporación de derecho público que su exclusiva finalidad es conseguir el objetivo de que los afiliados logren su autonomía personal y se integren en la sociedad. Ha de atender a la orientación y rehabilitación profesional, en ocasiones no se consigue sólo con la ocupación laboral, sino que se deben integrar otras medidas sociales para conseguir sus objetivos. Rabiosamente justificada la calificación final de improcedencia, protección de la salud, ante todo.

Se parte del carácter estigmatizante de la enfermedad para determinar la nulidad, cuando de hecho padecer cualquier enfermedad ya es un efecto de discriminación. Se genera una desprotección para la persona trabajadora por amparar discriminaciones basadas en la enfermedad, al ser calificado su despido por la improcedencia y la consiguiente opción por la parte empresarial (siempre que no se trate de representante legal de los trabajadores) por la indemnización o readmisión (descausalización indemnizada).<sup>1273</sup>

La alternativa para poder proteger el derecho a la salud en el ámbito de las relaciones laborales sería desde una reforma legislativa. Ésta se enfocaría desde dos vertientes. Por un lado, añadir una nueva causa de discriminación, artículo 4.2 c) en el ET. Por otro lado, la inclusión en el artículo 55.5 que añadiese como causa de nulidad la enfermedad,

---

<sup>1272</sup> STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2002 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2bb45cd6d6736440/20040115>

Casada por la STS de 25 de junio de 2003. La anula en lo que afecta a los efectos del despido.

<sup>1273</sup> RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R. “La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España” *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 196 de 2017.

o el estado de salud de la persona trabajadora. No se puede postergar, la protección de las y los trabajadores “*en espera*”.<sup>1274</sup>

La reciente Ley 15/2022 de 12 de julio<sup>1275</sup> trastoca lo que se ha indicado en los párrafos anteriores. Se toma como referencia el artículo 14 de la CE para definir el ámbito subjetivo. La novedad es que introduce como motivo de discriminación la “*enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos*”<sup>1276</sup> Es un motivo para elogiar al legislador al dar la importancia merecida a la protección a la salud: “*finalmente se incluye la enfermedad o la condición de salud como causa de discriminación, rompiendo por consiguiente con una doctrina judicial que concienzudamente había negado esta circunstancia como motivo discriminatorio en los supuestos de despido*”<sup>1277</sup>

Dos artículos bastante significativos de esta Ley son el 27 y 30. Es el artículo 27 dónde se obliga a la reparación del daño causado: “*proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral*”. Y en el artículo 30 se prescribe una inversión de la carga de la prueba “*cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”.

BELTRAN HEREDIA aún cita otro artículo más de relevancia, el 26, dónde se refiere a la nulidad de pleno derecho. “*De las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos*

---

<sup>1274</sup> GINÉS i FABRELLAS, A. Pág. 122 y 123 “*La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo. La necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial*” febrero 2010 número 18.

<sup>1275</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación ( BOE de 12 de julio de 2022) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

<sup>1276</sup> BELTRAN HEREDIA, I. “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por IT?” Disponible [A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse \(injustificadamente\) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES \(ignasibeltran.com\)](https://www.ignasibeltran.com) pág. 8. (Consulta julio 2022.)

<sup>1277</sup> BAILOS, A. “La Ley 15/2022 Integral para la Igualdad de trato y la no discriminación” Blog *Según Antonio Baylos...* Disponible en <https://baylos.blogspot.com/>

*prescritos en el apartado primero del artículo 2*”. Los conceptos como “enfermedad” son genéricos, no se definen con precisión. Será la casuística la jurisprudencia a la que se deberá estar atento. Aunque sea como fuere será más difícil extinguir el contrato sin causa para la parte empresarial. Es decir, extinguir sin causa real y pagar la indemnización por despido improcedente.<sup>1278</sup>. Por tanto, se sigue y se mantiene la reformulación del artículo 56 del ET para dar claridad y eficacia jurídica y proteger la salud con la declaración de nulidad.

En sentencia reciente del Juzgado de lo Social número 1 de Gijón, del que es titular y ponente Fernando Ruiz Llorente<sup>1279</sup>, se ha condenado a una empresa por vulnerar el derecho a la no discriminación por razón de enfermedad. El supuesto de hecho se enmarcaba en una trabajadora que fue despedida en el momento que comunica vía *whatsapp* que se debe someter a una operación con la correspondiente baja médica por IT. Se trata de un establecimiento de productos de moda y su prestación de servicios se inició en marzo de 2022.

Se respondió a la empleada que la empresa no podía soportar los costes de una baja por IT y que ya se la volvería a contratar una vez estuviese recuperada. Al día siguiente de recibir este mensaje inició la baja por IT por síndrome “síndrome cervicobraquial”, y ese mismo día se le extinguió el contrato por causas disciplinarias. La trabajadora demandó a la empresa por concluir el acto de conciliación sin avenencia.

En la sentencia se tuvo en cuenta las capturas de *whatsapp* de la conversación mantenida. Se recuerda que la doctrina que se está aplicando hasta el momento en materia de IT y despido se remite al TJUE, del Caso Daoudi (STJUE de 1 de diciembre de 2016, Asunto C395/15). Lo destacado de la resolución judicial es que se ha entendido aplicable la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación. Ésta prescribe la nulidad de pleno derecho de los actos jurídicos

---

<sup>1278</sup> BELTRAN HEREDIA, I. “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por IT?” Disponible [A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse \(injustificadamente\) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal? – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES \(ignasibeltran.com\)](#) pág. 11  
Consulta julio 2022.

<sup>1279</sup> Juzgado de lo Social de Gijón de fecha 15 de noviembre de 2022, Resolución 419/2022 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/392f3aad1c9c8a07a0a8778d75e36f0d/20221220>

discriminatorios por enfermedad sin tener en cuenta la duración, así ya no tendría sentido la equiparación con la discapacidad.

Relevante es la aplicación del artículo 30 de La Ley 15/2022 dónde se invierte la carga de la prueba si la persona trabajadora aporta indicios de una discriminación corresponde a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su justificación. Se declara la nulidad del despido y con claros indicios confirmados de que s la causa fue la enfermedad. Además, el artículo 27 de la Ley 15/2022 exige una indemnización que restituya a la víctima a la situación anterior, dado que se presume un daño moral.

## **2. LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

El artículo 40.2 de la CE encomienda a los poderes públicos: “...*velar por la seguridad e higiene en el trabajo...*”. Desde 1978 que se aprueba la CE se ha de esperar a 1995 para la realización del mandato constitucional. La LPRL transpone al derecho español la Directiva 89/391/ CEE.<sup>1280</sup> La LPRL constituye el punto de partida de un nuevo concepto de seguridad y salud laboral. El objetivo que pretende la LPRL es “*promover la SST mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo*” Se produce el paso de una concepción reparadora y proteccionista a una concepción preventiva. Se añade a la vinculación de los riesgos asociados al riesgo industrial, una mirada más allá a los riesgos capaces de lesionar la salud de forma más paulatina.

---

<sup>1280</sup> Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora e la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Publicación en el DOCE número 183 de 29 de junio de 1989. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1989-80648>. También se incorporan disposiciones de otras Directivas: Directiva 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE en relación a la maternidad y jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración y con empresas de trabajo temporal. Sin perjuicio de tener en cuenta el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

Sea como fuere la LPRL, que se acerca ya a los 30 años de su entrada en vigor se estructura en siete capítulos. El Capítulo I, artículos 1 a 4 que comprende el objeto, ámbito de aplicación y las definiciones, el Capítulo II, de los artículos 5 a 13 regula la política en materia de prevención de riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo, el Capítulo III se refiere del artículo 14 al 29 a los derechos y obligaciones de las personas trabajadoras y empresarias.

Es en el Capítulo IV (artículo 30 a 32 bis) dónde se regulan los servicios de prevención, en el capítulo V artículos 33 a 40. El Capítulo VI consta de un único artículo y se refiere a las obligaciones de los fabricantes, importadores y suministradores. El último capítulo, el VII de los artículos 42 a 54, de los artículos correspondientes a infracciones y sanciones quedaron derogados por la LISOS<sup>1281</sup>. Las profundas transformaciones de la sociedad en general y el mundo laboral hacen patente una revisión del marco normativo que permita adaptarse al contexto actual. Lógicamente en el momento de aprobación de la LPRL no se tuvieron en cuenta factores como la digitalización de la economía, la robotización, las nuevas formas de organización del trabajo o la perspectiva de género

Se define “prevención” en el art. 4. 1º *“Se entenderá por prevención el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo”*. El artículo 14.1 prescribe el derecho de las personas trabajadoras a una protección eficaz en materia de SST. La contrapartida es que en base al artículo 14.2 de la LPRL las y los empresarios deben proteger a los trabajadores en materia de SST. Siguiendo a CAMAS<sup>1282</sup> la noción de SST debería ser interpretada según definición de la OMS como un *“estado completo de bienestar físico, mental y social”*.<sup>1283</sup>

En el artículo 4. 2º de la Ley LPRL señala como “riesgo laboral”: *“La posibilidad de que un trabajador/a sufra un determinado daño derivado del trabajo”*. Se considera como daño derivado del trabajo según el artículo 4. 3º: *“las enfermedades, patologías, o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo”* “La contrapartida es que en base a

---

<sup>1281</sup> RD 5/2000 de 4 de agosto (BOE del 8) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

<sup>1282</sup> CAMAS RODA, F. “Mobbing y prevención de riesgos laborales (sobre los problemas relativos a la prevención de riesgos psicosociales)” Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos. *Estudios jurídicos* núm. 6 de 2006 pág. 10.

<sup>1283</sup> TJUE. Resolución de 12 de noviembre de 1996 (Asunto C84-94) ya explicada en el primer capítulo.



los artículos 14. 1 y artículo 15 “*Principios de la acción preventiva*” de la LPRL: las y los empresarios deben proteger a los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral. Se debe prevenir que las condiciones de trabajo puedan influir negativamente en la generación de riesgos para la seguridad y salud.

No es baladí referirse a la concreción de la disposición adicional primera de la LPRL: “...*Tanto la definición de los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común, como el régimen jurídico establecido para estas contingencias en la Seguridad Social, se continuarán aplicando en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo*”. Es a través de la evaluación de riesgos que se obtiene la información necesaria para valorar que el trabajador en su puesto de trabajo pueda sufrir una lesión física o psíquica.

En el artículo 8 de la LPRL establece como función del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSST) entre otras, la realización de actividades de información y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales. Además, el art. 5.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención, en adelante RSP<sup>1284</sup> establece la posibilidad de que se utilicen las guías del INSST cuando “*la evaluación exija la realización de mediaciones, análisis o ensayos y la normativa no indique o concrete los métodos que deben emplearse, o cuando los criterios de evaluación contemplados en dicha normativa deban ser interpretados o precisados a la luz de otros criterios de carácter técnico.*”

Sin perjuicio de que se vayan actualizando cuando se cambien las condiciones de trabajo, pueda haber la introducción de nuevas tecnologías o se modifique el lugar de trabajo (artículo 16 de la LPRL y artículo 3 RSP). La evaluación de riesgos es el “*estudio de los potenciales riesgos para los trabajadores que el proceso productivo de una empresa puede comportar*”. Debe ser una evaluación de riesgos personalizada, es decir riesgos provocados tanto por el entorno, como desde el punto de vista de la persona.<sup>1285</sup> Se debe realizar en base al artículo 4.3 del RSP en tanto actividad técnica

---

<sup>1284</sup> Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE de 31 de enero) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-1853&p=20151010&tn=6>

<sup>1285</sup> ART. 3.1 “*La evaluación de los riesgos laborales es el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el*

por personal competente. (técnicos de prevención, de nivel intermedio o superior, según complejidad).

Al respecto se exige en el artículo 5 del RSP que los técnicos deben disponer de una información básica, así organización, características y complejidad del trabajo, materias primas, equipos de trabajo empleados y estado de salud de las personas trabajadoras. Sólo de esta forma se pueden relacionar los elementos peligrosos. Una vez identificados han de ser cuantificados y valorados según criterios objetivos de valoración, y así evitar o reducir los riesgos.

Lo indicado correspondería a la parte objetiva de la evaluación, pero como bien señala el art. 16.2 a) de la LPRL “*se deberán tener en cuenta las circunstancias subjetivas de la persona que vaya a ocupar cada puesto de trabajo*” póngase por ejemplo una persona con una enfermedad crónica, los riesgos no son los mismos que si no la tuviera. Los criterios técnicos de evaluación de riesgos pueden estar recogidos en normativa específica, o sino en: las Normas UNE<sup>1286</sup>, las Guías del INSHT<sup>1287</sup>, normativa internacional o en bases de datos autorizadas, así en exposición a agentes químicos REPRORISKR<sup>1288</sup>.

En base a lo señalado como bien regula el artículo 25 de la LPRL las y los empresarios deben garantizar la protección de las y los trabajadores especialmente sensibles a riesgos derivados del trabajo. No deben ser empleados en puestos de trabajo que puedan ponerse en situación de peligro tanto a la persona trabajadora como a las demás. A destacar el punto tres del artículo dónde se advierte concretamente se deben tener en

---

*empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas, y en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse...” art. 3.3 “De acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el empresario deberá consultar a los representantes de los trabajadores, a los propios trabajadores en ausencia de representantes, acerca del procedimiento de evaluación a utilizar en la empresa o centro de trabajo.”*

<sup>1286</sup> Asociación Española de Normalización (UNE) entidad privada, multisectorial, y sin fines lucrativos, designada por el Ministerio de Economía, Industria y competitividad como organismo nacional de normalización. Disponible en: <https://www.une.org/la-asociacion> (consulta junio 2022).

<sup>1287</sup> Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). Se encarga de elaborar guías técnicas, no vinculantes, para facilitar la aplicación de los RD de desarrollo de la LPRL Disponible en <https://www.insst.es/guias-tecnicas-transversales> (Consulta julio 2022).

<sup>1288</sup> REPRORISKR. Es una base de datos específica sobre riesgos para la reproducción (exposición de ambos sexos) que contiene información sobre la evaluación de riesgos ante la exposición a medicamentos, sustancias químicas, agentes físicos y agentes medioambientales. (NTP 414: Reproducción: Fuentes de información, complementada y actualizada parcialmente por la NTP 612).

cuenta los factores de riesgo que pueden incidir en la procreación de las personas trabajadoras, y subraya en especial: agentes físicos, químicos y biológicos.

A las personas trabajadoras autónomas sin trabajadores o trabajadoras a su cargo le es de aplicación la LPRL en relación con la coordinación de las actividades empresariales, en casos de concurrencia de actividad con otras empresas y obligaciones en el sector de la construcción. Si no comparten centro de trabajo con ninguna otra empresa ni realizan trabajos para otro negocio no les sería aplicable.

En este sentido, por lo que se refiere a la obligación empresarial, la STSJ de Navarra de 16 de diciembre de 2021<sup>1289</sup>. Argumenta que el demandante estuvo trabajando en la empresa demandada y expuesto al amianto. Esta exposición se produjo mientras el demandante estuvo en activo y no se puede entender que no fuese perjudicial para su salud. La empresa no adoptó las medidas mínimas de evaluación, control, corrección, prevención, y protección de la salud para la minimización a los riesgos del contacto con el amianto como señala la LPRL. Se confirma el contacto del demandante con el amianto. De este modo se debe atribuir a este contacto del demandante con el amianto es la causa de la lesión padecida. La lesión determinante se encuentra incluida en el cuadro de enfermedades profesionales, la contingencia de la incapacidad es la enfermedad profesional.

Al igual que con las obligaciones empresariales del artículo 15 y 22 de la LPRL en relación con el despido objetivo por ineptitud sobrevenida de una trabajadora declarada no apta en el reconocimiento médico.<sup>1290</sup> Los hechos que se detallan en la STSJ de Cantabria de 14 de julio de 2020 versan sobre una trabajadora que tuvo el contrato suspendido por incapacidad permanente total y una vez se produce la mejoría se reincorpora a su puesto de trabajo. Una vez reincorporada se la somete a reconocimiento médico en el que es declarada no apta y despedida por ineptitud física sobrevenida (artículo 52 a) del ET). Importante mencionar el art. 37.3. b.2º del RD 39/1997<sup>1291</sup>, dónde se señala que la vigilancia y el control de las y los trabajadores incluye una

---

<sup>1289</sup> TSJ de Navarra de 16 de diciembre de 2021. Núm. de resolución 401/2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/173413a8d1b85671/20220301>

<sup>1290</sup> STSJ de Cantabria Sentencia 507/2020 de 14 de julio disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5df5ed1ae74950c5/20201022>

<sup>1291</sup> RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-1853>

evaluación de la salud cuando se reanude el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, “*con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores*”

Se debe señalar el RD 171/2004 de 30 enero<sup>1292</sup> que desarrolla el artículo 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales. Subraya lo ya indicado en el artículo 24.5 con un apunte importante, no sería óbice para la aplicación en la relación jurídica entre los sujetos implicados y la empresa titular del centro. El empresario principal debe proporcionar información a los restantes empresarios que desarrollan actividades en sus centros de trabajo, Es en la normativa del sector de la construcción dónde se hace más referencia a los trabajadores autónomos.<sup>1293</sup>

## **2.1. El ámbito subjetivo de aplicación de la LPRL**

Efectivamente el artículo 40.2 de la CE señala en los principios rectores de la política social y económica “*la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo*”. Este mandato lleva implícito la necesidad de tener una buena política de prevención de riesgos laborales. La realidad en un inicio fue que la política de prevención de riesgos laborales sólo se aplicaba al personal que estuviera incluido dentro del ámbito subjetivo de aplicación del ET. Esto cambió con la promulgación de la LPRL, Ley que transpuso la Directiva 89/391/ sobre Salud y Seguridad en el Trabajo.

A partir de la LPRL se amplió el campo de aplicación a las Administraciones públicas Y fue a partir de este elogiado momento que se crearon los servicios de prevención de riesgos en los Hospitales públicos. Todo ello con la idea, de que la prevención no sólo se enfoca al paciente sino también al personal sanitario. Solo se debe pensar qué hubiese ocurrido con anterioridad a 1995 con una pandemia como el COVID-19.

---

<sup>1292</sup> RD 171/2004 de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de PRL, en materia de coordinación de actividades empresariales. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-1848>

<sup>1293</sup> MARTINEZ BARR en *Protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos* Editorial Bomarzo, Albacete, 2006 pág. 33 y 34.

Lo realmente lamentable fue que la LPRL excluyese de su ámbito de aplicación a colectivos como las personas empleadas de hogar<sup>1294</sup>. Se reclama desde este trabajo de investigación una reforma de la LPRL que, de respuesta a las nuevas formas de trabajo surgidas por las nuevas tecnologías, e incluya a todas y todos los trabajadores sin excepciones. Desde la entrada en vigor des del RD Ley 16/2022 se incluye en el ámbito de aplicación de la LPRL a este colectivo lo que supone un logro muy merecido a pesar de los obstáculos que comporta.<sup>1295</sup>

A pesar de que la LPRL está pensada para las empresas, ya que así incomprensiblemente se excluía a las personas empleadas de hogar en su artículo 3.4 sí indicaba que el “*titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene*” en similares términos se redactó el art. 7.2 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre<sup>1296</sup>. Supone una buena noticia que ya se han iniciado los trámites de ratificación por parte de España del Convenio 189 de la OIT y su Recomendación 201. Ratificación que debería traer en consecuencia modificaciones importantes en la protección de este sector.<sup>1297</sup>

---

<sup>1294</sup> La LPRL derogó los artículos I y II de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 e marzo de 1971. Ésta sí incluía a los trabajadores domésticos.

El RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. (BOE de 17 de noviembre de 2011) no mejoró en relación a la seguridad y salud la exclusión citada. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17975&p=20131221&tn=6>

<sup>1295</sup> RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. (BOE de 8 de septiembre de 2022) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14680> en vigor des del 9 de septiembre de 2022. Publicado acuerdo de convalidación el 29 de septiembre de 2022

<sup>1296</sup> RD 1620/2011 de 14 de noviembre (BOE de 17 de noviembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17975>

<sup>1297</sup> El Convenio 189 se aprobó en 2011 y representa la garantía de unos derechos laborales mínimos. Importante como la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0389>) donde desde instancias europeas se recordó que España incumplía sistemáticamente los derechos de este colectivo, suponía una discriminación por razón de género por ser un colectivo feminizado.

El 12 de mayo de 2022 se aprobó en el Congreso de los Diputados sin ningún voto en contra y 336 a favor la Proposición no de Ley que insta a la ratificación del Convenio 189 de la OIT sobre las y los trabajadores domésticos y Recomendación 201 de la OIT. Se ratificó el 9 de junio de 2022 por amplísima mayoría, con 331 votos a favor de 350 diputados.

Como se preveía por los acontecimientos transcurridos (toque de atención por parte del TSJUE<sup>1298</sup> y el inicio de la ratificación del Convenio 189 por parte de España se dictó el Real Decreto 16/2022<sup>1299</sup>, el cual garantiza la protección de la seguridad y salud en el ámbito doméstico, además de valorar sus riesgos y su protección. Ha supuesto la dignificación de este colectivo vulnerable la profesionalización de la relación laboral de las empleadas de hogar, y el alto nivel de empleo existente.

No debe ser merecedor este colectivo de menor protección porque desarrolle su actividad en el hogar familiar, así las personas que teletrabajan también lo hacen desde un domicilio particular si así lo han elegido, la diferencia estriba en que por regla general es su domicilio. Ya en el artículo primero del RD Ley 16/2022 se elimina el apartado 4 del artículo 3 de la LPRL, y se añade una disposición adicional decimoctava. En consecuencia, se garantiza la protección a la seguridad y salud de las personas al servicio del hogar familiar en igualdad de condiciones que cualquier otra persona trabajadora. Así se transcribe dicha disposición por su trascendencia: *“en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad”*.

Sí que se debe destacar que en el RD 1620/2011 en vigente artículo 7 hacía referencia a la seguridad y salud. En el apartado primero incorpora el catálogo de derechos y obligaciones de las personas trabajadoras por cuenta ajena correspondientes a los artículos 4 y 5 del ET. El artículo 7 del RD 1620/2011 en el apartado segundo se refiere al deber de seguridad de la persona empleadora para que cuide de que el trabajo se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud (concepto que denota una cierta incertidumbre, generalista).

---

<sup>1298</sup> UE. STJUE de 24 de febrero de 2022(asunto C-389/20, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0389> )

<sup>1299</sup> Real Decreto Ley 16/2022, de 6 septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14680> Se convalida por Resolución de 29 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-16190>

Aunque, en el apartado segundo del artículo 7 sí se concreta en la obligación de adoptar medidas eficaces, previendo la singularidad del trabajo doméstico. Es causa justa para la dimisión de la persona trabajadora los incumplimientos empresariales en materia de seguridad y salud. Aunque no existe listado de infracciones y sanciones y se ha quedado se puede decir más como una declaración de intenciones. Sea como fuere se necesitaría un desarrollo reglamentario específico para adaptar los contenidos de la normativa preventiva a la singular naturaleza de esta relación laboral especial.<sup>1300</sup>

Se puede destacar la STSJ de Andalucía de 13 de diciembre de 2017<sup>1301</sup> en relación con una trabajadora del hogar interna que padeció un ictus mientras dormía. Se revoca la sentencia de instancia que había considerado el accidente como común. La Sala aplicó la presunción de laboralidad al producirse en un lugar dónde hay una mínima conexión con el trabajo. La especial dedicación de estas tareas impide diferenciar claramente tiempo de trabajo y tiempo de descanso, lleva a pensar también que se genera más estrés. En el caso la trabajadora era empleadora y cuidadora de dos personas de avanzada edad.

Por otra parte, el trabajo del hogar familiar tiene una alta tasa de empleo sumergido dificulta conocer la siniestralidad que se produce en el sector, sin perjuicio de que en la realidad se tiende a encubrir. Un trabajo dónde las personas que los realicen tienden a estar expuestas tanto a riesgos físicos y a psicosociales importantes (desde estrés a situaciones de acoso o racismo por xenofobia), sobre todo en el caso de personas trabajadoras residentes en el mismo hogar. En fin, la exclusión de la LPRL las había dejado en total desamparo incluso hasta de la protección de las situaciones de maternidad, que se regula en su artículo 26 de la LPRL. Se ha demostrado en la pandemia del COVID-19 la importancia de las tareas de cuidado, y son precisamente las que realizan las empleadas de hogar, sector con un sesgo de género visible.

---

<sup>1300</sup> AYALA DEL PINO, C. “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre” Editores: Universidad Pablo de Olavide. *Lex Social Revista de Derechos Sociales* Volumen 12 núm. 2 de 2022. Pág. 18

<sup>1301</sup> Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 13 de diciembre de 2017. Núm. 2046/2017 disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0baa12567d324db1/20180227>

Los riesgos que están más expuestas las personas empleadas de hogar es a las consecuencias de los productos químicos, riesgos de postura, afecciones músculo-esqueléticas, quemaduras, caídas, cortes entre otros. Este colectivo realiza cualquier tipo de tarea. Y a destacar los riesgos psicosociales en relación con el estrés laboral, ritmos excesivos, aislamiento que podrían incluso llevar a depresión. Estos serán los que la persona empleadora deberá vigilar. No está de más señalar que la mayor parte de accidentes ocurridos no llegan a conocimiento de la inspección de trabajo. Sin perjuicio del obstáculo de la inviolabilidad de domicilio para su control y vigilancia<sup>1302</sup>

Se debe señalar que la Directiva 94/33/CE, de 22 de junio de 1994 se establece la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación las y los trabajadores domésticos “ocasionales o esporádicos”, en relación con el servicio doméstico en los hogares familiares. Por lo que se advierte que el legislador debería haberse redirigido a la regulación de la LPRL, salvo en cuestiones determinadas en las que se requería concreción vía desarrollo reglamentario.

Por añadidura, las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar eran el único colectivo laboral que carecía de protección en situación de desempleo, por lo que como señala la exposición de motivos del RD Ley 16/2022 estaban en un contexto de “*especial vulnerabilidad*”. Por lo que se elimina el artículo 251.d) de la LGSS y en consecuencia, y se celebra por la discriminación que suponía, la acción protectora por desempleo formará parte de este colectivo. Sólo a modo de mención también tendrán cobertura y cotizarán al Fondo de garantía salarial (FOGASA), en base a la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la Ley de segunda oportunidad (Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social).

Las tareas domésticas existen una infravaloración de la ocupación que subestima los riesgos que comporta. No ayuda que no se realice en entornos no vigilados y no se realizan evaluaciones de riesgos. Se deberían realizar controles públicos para evitar los abusos y que se garantizase la formación y vigilancia de la salud, en definitiva, la

---

<sup>1302</sup> AYALA DEL PINO, C. “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre” op. cit. Pág. 25



prevención de riesgos laborales.<sup>1303</sup> Sólo existía una somera indicación de velar por la realización del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene.

Teniendo en cuenta el lugar dónde se realiza el trabajo también se podrían haber excluido las personas que teletrabajasen y sí han quedado incluidas sin ninguna especificidad. Lo paradójico es que cuando las personas empleadas de hogar no eran contratadas por titulares del hogar familiar sí les era aplicable la LPRL. En vías de ratificación del Convenio 189 de la OIT, éste insiste en la obligación de implantar medidas relativas a la inspección de trabajo, normas, sanciones y tener en cuenta las debidas atenciones a las características especiales del trabajo doméstico.

La Recomendación de la OIT 201 también insta a explorar las posibilidades para que la Inspección pueda acceder a los lugares de trabajo con el respeto a la inviolabilidad del domicilio y intimidad y mecanismos de queja. No se puede obviar que también se puede realizar el cumplimiento de las obligaciones mediante comprobaciones en la propia inspección. La gran dificultad de control también estriba en el caso de actividades no declaradas. Teniendo en cuenta que es un sector proclive a jornadas excesivas, largas, por las dificultades de control y sobre todo si son personas empleadas internas. Además de realizar cualquier tipo de tareas<sup>1304</sup>.

Es un trabajo que tiene un bajo índice de sindicación por lo que son pocas las reivindicaciones. A lo que se anuda la dificultad de control de la obligación de cuidado impuesta al empleador por parte de la Inspección de trabajo (colisión con el derecho a la intimidad y inviolabilidad de domicilio.), se requiere consentimiento o autorización judicial. La ratificación del Convenio 189 aseguraría la libertad sindical, negociación colectiva y inspecciones de trabajo eficaces Sin duda, urge proteger la protección a la

---

<sup>1303</sup> SANZ SÁEZ, C. “La necesidad de reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico” en aedtss. Publicado el 28 de mayo de 2022. Disponible en <https://www.aedtss.com/la-necesidad-de-la-reforma-de-las-trabajadoras-del-cuidado-y-del-servicio-domestico/>

<sup>1304</sup> RUANO ALBERTOS, S. “Las condiciones de seguridad y salud de los empleados de hogar: ante la necesidad de una más efectiva protección de sus derechos” en AAVV. Aranzadi Análisis *práctico de la LPRL* TOSCANI GIMÉNEZ, D. (dir.) ALEGRE NUENO, M. (dir.) 196-2010.

salud de las personas empleadas de hogar con instrumentos específicos y practicables, un reto en la prevención de riesgos laborales.<sup>1305</sup>

Según expresa la exposición de motivos del RD Ley 16/2022 el objetivo es equiparar las condiciones de trabajo y seguridad social de las trabajadoras del hogar familiar a las personas trabajadoras por cuenta ajena, lo que como se ha explicado suponía una fuerte discriminación en la protección de la salud de este colectivo. Una equiparación que tiene su embrión en la Ley 27/2011 de 1 de agosto sobre actualización, adecuación, y modernización del sistema de Seguridad Social en el ámbito de la seguridad social<sup>1306</sup> y el RD 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar<sup>1307</sup>.

En lo que respecta a las personas trabajadoras autónomas hay que señalar lo siguiente: En el ámbito de aplicación de la LPRL<sup>1308</sup> se manifiesta una confusión en el artículo 3.1 LPRL “*ello sin perjuicio del cumplimiento... de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos.*”. La práctica doctrina entiende que este precepto excluye a los trabajadores autónomos del ámbito de aplicación de la LPRL. En línea a la tradición a la tradicional legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo que excluía a las y los trabajadores autónomos. Así pues, cuando sí se ha querido proteger así se ha indicado expresamente como en el caso de las *sociedades cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.*<sup>1309</sup>

---

<sup>1305</sup> SANZ SÁEZ, C. “La exclusión de la prevención de riesgos laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones.” En *Lan Harremanak*, 44, 79-102. pág. 80.

<sup>1306</sup> Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la seguridad social. (BOE de 2 de agosto de 2011) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-13242>

<sup>1307</sup> Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. BOE 17 de noviembre Disponible en RD 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17975>

<sup>1308</sup> CRUZ VILALLON, JESÚS “La Prevención de riesgos laborales entre los trabajadores autónomos” en AAVV *La seguridad y la salud en el trabajo autónomo: enfoque sectorial* ALVAREZ MONTERO, A., GARCIA JIMÉNEZ, M. (coordinadores) Editores Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. 2010 pág. 34.

<sup>1309</sup> “*Son los que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa, y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que*

Aunque se pretenda considerar aplicable las reglas sobre vigilancia de la salud de la LPRL, a las y los trabajadores autónomos, imponiendo a la empresa cliente esta obligación en momentos de situación de coordinación de actividades empresariales, en base al ámbito de aplicación de la Ley las interpretaciones carecerían de suficiente fundamento interpretativo.<sup>1310</sup>

El Estatuto del Trabajador autónomo<sup>1311</sup>, al tratarse de una norma marco no específica cómo debería ser la prevención de los trabajadores autónomos. Se destaca el derecho subjetivo a la protección de la seguridad y salud en el trabajo “*A su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo*” (artículo 4.3 e), correlativa obligación en materia de seguridad y salud laboral (artículo 5b)). El precepto 4.3 e) tiene *valor jurídico por sí mismo*. También el artículo 8 centrado en la coordinación de actividades empresariales, el artículo 9 que regula la protección de menores (artículo 9).

En relación con los TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente) el Estatuto del Trabajador Autónomo le dedica su Capítulo III: aquí sí se prescribe medidas como la interrupción de la actividad profesional cuando hay riesgos graves e inminentes (artículo 16. 1 b)), regla de límite máximo de la jornada (artículo 14), acción protectora de la seguridad social (artículo 23 y 26)) y formación en prevención de riesgos laborales (artículo 4.2f) y disposición adicional 12).

No está de más recordar, aunque la normativa europea se trata en el capítulo primero, la Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2003<sup>1312</sup>. La administración pública debería mostrar un papel activo en la prevención de riesgos de los trabajadores/ras autónomas.: promoción de la prevención, asesoramiento, formación, vigilancia y control, formación específica (art. 8 del LETA). Un artículo que en paralelo con el artículo 24.5 de la LPRL, en aquel hay obligaciones complementarias e las empresas

---

*dependen económicamente por percibir de él, al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas* “(artículo 11.1 b) de la Ley 20/2007 de 11 de julio.

<sup>1310</sup> CRUZ VILALLON, JESÚS “La Prevención de riesgos laborales entre los trabajadores autónomos” en AAVV *La seguridad y la salud en el trabajo autónomo: enfoque sectorial* op. Cit Pág. 38.

<sup>1311</sup> Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

<sup>1312</sup> Recomendación del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos. (DOUE 28 de febrero de 2003) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003H0134>

clientes con las que trabaja el trabajador autónomo. En línea con la Recomendación Comunitaria sería importante que se tuviese acceso la vigilancia de la salud con los riesgos que cada trabajador autónomo está expuesto.<sup>1313</sup>

No es baladí destacar la aclamada protección de los trabajadores autónomos en los accidentes in itinere gracias a la ampliación de la cobertura por la Ley 6/ 2017.<sup>1314</sup> Sin pasar por alto que esta Ley modificó la disposición adicional duodécima de la Ley 20/2007. Con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales las organizaciones empresariales y sindicales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación correspondientes.

## **2.2. Ineptitud sobrevenida de la persona trabajadora**

Las obligaciones empresariales del artículo 15 y 22 de la LPRL se pueden relacionar con el despido objetivo por ineptitud sobrevenida de una trabajadora declarada no apta en el reconocimiento médico.<sup>1315</sup> Los hechos que se detallan en la STSJ de Cantabria de 14 de julio de 2020 versan sobre una trabajadora que tuvo el contrato suspendido por incapacidad permanente total y una vez se produce la mejoría se reincorpora a su puesto de trabajo. Una vez reincorporada se la somete a reconocimiento médico en el que es declarada no apta y despedida por ineptitud física sobrevenida (artículo 52 a) del ET). Importante mencionar el art. 37.3. b.2º del RD 39/1997<sup>1316</sup>, dónde se señala que la vigilancia y el control de las y los trabajadores incluye una evaluación de la salud cuando se reanude el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, “*con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores*”

---

<sup>1313</sup> CRUZ VILALLON, JESÚS “La Prevención de riesgos laborales entre los trabajadores autónomos” en AAVV *La seguridad y la salud en el trabajo autónomo: enfoque sectorial* op. Cit Pág. 38.

<sup>1314</sup> Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo. (BOE de 24 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12207&p=20171025&tn=1#ar-14>

<sup>1315</sup> STSJ de Cantabria Sentencia 507/2020 de 14 de julio disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5df5ed1ae74950c5/20201022>

<sup>1316</sup> RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-1853>

A raíz de lo comentado en el anterior párrafo es en este punto dónde cobran relevancia los servicios de prevención ajenos, como sustenta la sentencia pueden dar lugar al despido objetivo (vía artículo 52 a.)). Para sustentar el despido la empresa se apoya en el informe médico del servicio de prevención para acreditar la ineptitud sobrevenida. Hay que indicar que el art. 37 citado recomienda una acción apropiada para proteger a las y los trabajadores. Así lo expresan el artículo 15, 22 y 25 de la LPRL.

El hecho de que el servicio de prevención declare no apto a la persona trabajadora no exime a las y los empresarios de la carga de la prueba en juicio que el trabajador carece de las facultades profesionales y capacidades mínimas exigibles para la realización de las funciones de su puesto de trabajo.<sup>1317</sup>

Es compatible según señala la Sentencia que una persona trabajadora se le deniegue la IPT para la profesión habitual pero no tenga aptitud para seguir desarrollando el puesto de trabajo. La declaración de no apto/a no supone automáticamente una IPT. Aquí cabría la duda si no podría proceder una incapacidad permanente parcial, es una ineptitud sobrevenida por temas de salud dónde la persona trabajadora se encuentra en zona de penumbra. No obstante, para que se entienda esta diferenciación la ineptitud sobrevenida va referida al puesto de trabajo y la IPT a la profesión habitual.<sup>1318</sup> A mayor abundamiento el TS expresa que debe hablarse mejor de incapacitados que de incapacidades, por el carácter individualizado de estas situaciones.<sup>1319</sup>

Así las cosas, la ineptitud sobrevenida como causa de despido cuando se produce por el deterioro de la condición física o psíquica de la persona trabajadora se podría buscar

---

<sup>1317</sup> ARETA MARTÍNEZ, MARÍA “El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado “no apto” en el reconocimiento médico: Un análisis desde el derecho comparado español y francés” *Revista de Jurisprudencia Laboral* número 9 de 2020 Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-0000001085](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-0000001085)

<sup>1318</sup> STS de 27 de abril de 2005 Recurso 998/2004 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f5f29e25142d17d/20050707> “Profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional. “ la profesión habitual permite su ejercicio en empleos o puestos distintos pero propios del mismo grupo profesional”. En similares términos la STS de 26 de octubre de 2016 número de resolución 898/2016: “La profesión habitual se concretará en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional.” Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cb97c05f07aa7859/20161119>

<sup>1319</sup> ATS Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 23 de marzo de 2006. Razonamiento jurídico primero. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/bb2a0c953a03c390/20060615>

otras vías de reubicación empresarial. Sería mucho más acorde con la protección de la salud desde el parecer de este trabajo de investigación (última medida de carácter subsidiario). La LGSS tampoco ha dado ninguna solución al respecto. Podría caber la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada si se tiene la edad próxima a la jubilación. No es baladí señalar que en el concepto de jubilación anticipada en caso de extinción del contrato por causa no imputable a la persona trabajadora no se regula este supuesto. Por lo que la persona trabajadora además de perder la salud el resultado será la pérdida de su empleo habitual, y como compensación la indemnización prevista para el despido objetivo procedente. Como no podría ser de otra forma es causa de situación legal de desempleo.

En este sentido uno de los principios de la acción preventiva es adaptar el trabajo a la persona. (art. 15. 1 d) de la LPRL) según la concepción de los puestos de trabajo. Sí es verdad que la normativa de prevención de riesgos laborales no prevé expresamente el cambio de puesto de trabajo a otro más adecuado por ser declarado “no apto”. Sólo ocurriría en los casos de cambios de puesto de trabajo como medidas de prevención de riesgos laborales en las trabajadoras en riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (artículo 26 de la LPRL).

La recolocación de la persona trabajadora a otro puesto compatible con su estado de salud y que se adapte a las funciones a realizar sería una carga excesiva para la empresa, salvo expresa previsión convencional.<sup>1320</sup> En los casos de declaración en IPT la recolocación resulta preceptiva según doctrina del TS<sup>1321</sup>. También si el convenio colectivo así lo establece. Sino existiese plaza vacante en base a sus cualidades y capacidades se extinguiría el contrato de trabajo vía art. 49.1 e) del ET.

Hay que resaltar que la LPRL destaca al colectivo de las personas discapacitadas que por sus características personales o su estado biológico conocido incluidos aquellos que

---

<sup>1320</sup> ARETA MARTÍNEZ, MARÍA “El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado “no apto” en el reconocimiento médico: Un análisis desde el derecho comparado español y francés” op.cit

<sup>1321</sup> TS. Sentencia de 4 de abril de 2006 Recurso 310/2005 “Puesto que la falta de vacante disponible es algo que no se discute en la sentencia recurrida, se destaca que las únicas existentes eran las de bombero y una plaza de médico, es patente que nos hallamos ante una obligación de imposible ejecución a la fecha en que se produce la reclamación” Fundamento de derecho segundo. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/86c136454463b16d/20060615>

tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Se deberá tener en cuenta principalmente en las evaluaciones de riesgos y según éstas hayan de adoptar y adaptar las medidas de prevención y protección necesarias.

### **2.3. Reconocimientos médicos realizados por la empresa**

Un caso que se presenta derivado del artículo 22 de la LPRL en relación con los reconocimientos médicos realizados por la empresa. En el marco de la vigilancia de la salud la regla general es la voluntariedad, sólo en casos concretos sería obligatorio: *“el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para terceras personas relacionadas con la empresa”*. Se pasa a ver como los Tribunales lo han interpretado.

La STSJ de Madrid de 18 de enero de 2016<sup>1322</sup> (sigue la doctrina marcada por la STS de 10 de junio de 2015<sup>1323</sup>) el trabajador se había negado a los reconocimientos médicos. El derecho a la intimidad cede ante razones de interés general: evitar peligros relacionados con la salud (se incide que a pesar de esta limitación el derecho a la protección de la salud en el derecho constitucional no es derecho fundamental).

En la sentencia citada el demandante prestaba servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de auxiliar de jardinería. Mediante carta en fecha de 26 de agosto de 2013 la empresa le comunica al actor la imposición de una sanción de suspensión de empleo y sueldo de 10 días por no haber ido a los reconocimientos médicos. El actor cumple la sanción y con posterioridad vuelve a estar de baja médica. Una vez de alta médica se le vuelve a citar a reconocimientos médicos y no acude de nuevo. Se le comunica despido disciplinario por no someterse a los reconocimientos médicos lo que supone indisciplina y desobediencia. El actor recurre el despido disciplinario, en primera instancia se desestima su pretensión declarando procedente el despido.

---

<sup>1322</sup> STSJ de Madrid de 18 de enero de 2016 número de resolución 7/2016 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/42c7f106a1458c4a/20160227>

<sup>1323</sup> STS de 10 de junio de 2015 recurso 178/2014 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/553010eb4658a6cb/20150715>

La sentencia de suplicación se remite en su relato a la STS de 10 de junio de 2015. (Rec. 178/2014)<sup>1324</sup>. Se señala que la propia jurisprudencia constitucional acepta la existencia de excepciones al carácter voluntario de los reconocimientos médicos para la vigilancia de la salud. El art. 18.1 podría ceder en casos de interés general como la evitación de peligros y riesgos relacionados con la salud. Los requisitos son que ha de haber proporcionalidad, causalidad y previsión legal suficiente. El derecho de la persona trabajadora a preservar su intimidad cede ante el derecho a la salud del resto de personal trabajador de la misma empresa. También el derecho a la intimidad cede ante el derecho del empresario/a a conocer la existencia de enfermedades capaces de originar riesgos añadidos al puesto de trabajo.

Las excepciones que se contemplan en el artículo 22 de la LPRL deben cumplir ciertos requisitos para que se pueda imponer la imposición del control médico. El TC en STC 196/2004 señaló que la imposición de la obligación no puede imponerse si sólo está en juego la salud de la propia persona trabajadora.<sup>1325</sup> Por lo que se estaría ante una infracción al derecho a la intimidad si se impone a la persona trabajadora el sometimiento a la vigilancia de la salud sin previsión legal suficiente.

Las o los trabajadores tienen reconocido el derecho a la vigilancia de la salud como derecho a la seguridad y salud en el trabajo. (art. 14.2 LPRL). Por lo que entre este derecho que no obligación se encuentra el reconocimiento médico. En base al criterio interpretativo clásico las excepciones a la regla general han de interpretarse de manera restrictiva. (artículo 4.2 del Código Civil) Así las cosas, serían acordes con el art. 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo<sup>1326</sup>.

La obligatoriedad señala la citada STC 196/2004 citada en la sentencia objeto de estudio sólo se impondrá si hay un riesgo objetivable, no si sólo está en juego la salud de la persona trabajadora que se niega. En conclusión, la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2016 no se acreditó que el reconocimiento tuviera como causa la prevención de

---

<sup>1324</sup> STS. Sala de lo Social de 10 de junio de 2015. Recurso 178/2014 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/553010eb4658a6cb/20150715>

<sup>1325</sup> STC 196/2004. De 15 de noviembre de 2004. Recurso de amparo. (BOE de 21 de diciembre de 2004) Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2004-21369](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2004-21369)

<sup>1326</sup> LO 1/1982 de 5 de mayo (BOE de 14 de mayo) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196>



riesgos y peligros para terceros. El derecho a la intimidad en este caso prevalece. El actor no incurrió en la desobediencia que se le imputa, no hay identificación de riesgos para el peligro al interés general o demás personal trabajador. La sentencia no obstante estimo el recurso de suplicación no por un tema relacionado con la salud sino por no haber comunicado el actor con al menos 48 horas el disfrute de los días de asuntos propios establecidos por convenio colectivo. Representa que el trabajador ha faltado al trabajo cuatro días al mes sin causa justificada sancionable con falta muy grave según convenio colectivo de aplicación.

Se debe hacer referencia para concluir este apartado la referencia al artículo 42.1 de la LPRL establece que “*el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos dará lugar a responsabilidades administrativas, así como en su caso a penales y civiles por daños y perjuicios que puedan derivar de dicho incumplimiento*” En caso de incumplimiento la normativa a aplicar serán los tipos sanciones que se describen en el RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto.<sup>1327</sup> En sus artículos 11, 12 y 13 se listan las infracciones leves, graves y muy graves respectivamente. La cuantía de las sanciones se determina en el artículo 40.2

### **3. EL DERECHO A LA SALUD Y LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS MENTALES O PSÍQUICOS**

A propósito de los riesgos laborales merecen la misma importancia los riesgos físicos que los mentales y psicológicos. Se deja atrás la concepción de la seguridad e higiene con más arraigo en los ATEP para dar paso a la *seguridad y salud*. Es un concepto más amplio dónde se tienen en cuenta factores físicos, psíquicos y sociales.<sup>1328</sup>

---

<sup>1327</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba la LISOS. (BOE 8 de agosto) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

<sup>1328</sup> GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., SABADELL BOSCH, M. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo” UOC *Oikonomics* número 4 de 2015 pág. 40.

### 3.1. Introducción

Como ya se ha indicado en el artículo 4.2 e) del ET se regula el derecho de las y los trabajadores a ser protegidos frente al acoso laboral o sexual. Se debe recordar que la falta de evaluación o identificación de riesgos psicosociales, su falta de revisión o no llevar a cabo medidas para evitarlos se puede sancionar con infracción grave.<sup>1329</sup>

Los riesgos psicosociales están presentes en el medio de trabajo y se relacionan tanto con la actividad laboral realizada, la organización del trabajo o en el ámbito de las relaciones sociales que las y los trabajadores mantienen en el seno de la empresa pública o privada. Todo ello repercute en la salud de la persona trabajadora.<sup>1330</sup> Son los que se desencadenan de la influencia de factores psicológicos relacionados con el trabajo. Estos pueden ser las diversas condiciones de realización u organización del trabajo, las relaciones interpersonales, sin perjuicio de factores como la precariedad laboral, la competitividad laboral o la doble carga de las mujeres trabajadoras.

Sea como fuere y como bien indica la Sentencia de 9 de diciembre de 2019<sup>1331</sup> de forma inexplicable el legislador español no ha regulado expresamente el desarrollo de los riesgos psicosociales. Sólo se hace referencia en el artículo 4.7 d) de la LPRL en relación con el artículo 15.1 d) de la misma Ley. *“No existe norma heterónoma que regule los mecanismos preventivos al respecto”*

Las actuaciones que se han desarrollado en España en los últimos diez años parten del “Plan de actuación para la mejora de la SST y la reducción de accidentes de 2005”. A la espera de la próxima publicación de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2022-2027. El período de vigencia de la anterior estrategia 2015-2020 (caracterizada por un período previo de fuerte crisis económica) concluyó después de un año de prórroga debido a la pandemia. El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el

---

<sup>1329</sup> RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (TRLISOS) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

<sup>1330</sup> CAMAS RODA, F. “Mobbing y prevención de riesgos laborales (sobre los problemas relativos a la prevención de riesgos psicosociales)” Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos. *Estudios jurídicos* núm. 6 de 2006 pág. 1.

<sup>1331</sup> STSJ de Cataluña de 9 de septiembre de 2019. Resolución 4134/2019 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9ab8ad232fbcdf6e/20191107>

Trabajo sí que presento su Plan Estratégico 2022-2026. Sobre todo, en línea con el Marco Estratégico Europeo acentúa su estrategia en la preparación para posibles crisis futuras.

Se debe mencionar por su importancia el Plan de Choque contra los accidentes mortales en el trabajo<sup>1332</sup> Destaca el Plan que no se puede obviar los accidentes laborales mortales en relación con las plataformas, así accidentes de tráfico, o en los vinculados a riesgos psicosociales (largas jornadas de trabajo, estrés, depresiones...). También se hace hincapié en las enfermedades profesionales y en los accidentes in itinere. Importante identificar las causas de la siniestralidad.

En la STSJ de Canarias de 22 de marzo de 2021<sup>1333</sup> se estima que el Ayuntamiento ha incurrido en incumplimiento en su obligación de prevención de riesgos laborales (psicosociales) respecto al actor. Se podría considerar sanción grave prevista en el art. 12.1 de la LISOS “no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y en su caso sus actualizaciones y revisiones...” La STC número 246/2006 de 24 de julio<sup>1334</sup> abrió camino en la difícil tarea de fijar indemnización reparadora del daño moral ante dificultad de objetivar económicamente lo incuantificable (el dolor).

La indemnización tiene también una función jurídica, social y disuasoria extensible al ámbito de la prevención de riesgos tiene un impacto en la salud de la persona (art. 15 de la CE). Así lo ha declarado reiteradamente el TC en sentencias 62/2007 y 160/2007). El demandante tiene derecho a ser reparado del dolor o sufrimiento generador de ansiedad, desazón y perturbación de ánimo por la paz o equilibrio psicosocial (bienestar) anudado a perpetuación de un ámbito psicosocialmente tóxico.

La empleadora o empleador debe crear en base al art. 14 de la LPRL un ambiente psicosocialmente adecuado, también el art. 5 d) y 19 del ET. El art. 15 de la LPRL señala el principio de evitar los riesgos tanto físicos como psicosociales El TSJ de las

---

<sup>1332</sup> INSST Plan de choque contra los accidentes mortales. Arriesgar tu vida no es una opción Disponible en <https://www.insst.es/plan-de-choque-contra-los-accidentes-mortales-en-trabajo>

<sup>1333</sup> STSJ de Canarias de 22 de marzo de 2021 Resolución 299/2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/27b4469f741fe5e2/20210409>

<sup>1334</sup> STC 247/2006 de 24 de julio Fdto. Jurídico séptimo. (BOE de 18 de agosto de 2006) Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/5849>

las Palmas también en sentencia de 17 de mayo de 2019<sup>1335</sup> destacaba la importancia del protocolo de acoso como medida preventiva frente a riesgos psicosociales como el acoso.

La activación del Protocolo permite la investigación de los hechos y se dirige a ofrecer una respuesta apropiada, pero no garantiza que lo sea. El Servicio de prevención decide no admitir la denuncia sin más. Sentencias similares se podrían citar la del TSJ País Vasco de 22 de marzo de 2016 y la del TSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2017. Sentencia de TSJ de Canarias solo una decisión suficientemente probada puede ser causa de su inadmisión. . En el caso constaba objetivamente la existencia de un dilatado conflicto susceptibles de riesgo psicosocial.

Merece poner de relieve el criterio técnico 104/2021 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos psicosociales. En ésta se expresa que la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017 sobre “Trabajo más seguro y saludable para todos-Modernización de la legislación y las políticas de la UE de SST”<sup>1336</sup>; dió indicaciones sobre las acciones que los Estados Miembros debían realizar en políticas de SST.<sup>1337</sup>

En la Comunicación Europea se ponía en alerta el gran problema que supone el estrés laboral, cada vez más acusado, y que supone más de la mitad de los días perdidos de Trabajo. La LPRL como se ha visto encomienda a los empleadores para que protejan a las personas trabajadoras contra todos los riesgos en el lugar de Trabajo y por tanto a proteger contra los riesgos psicosociales. Lo destacable de la Comunicación es que encomendó al Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo ( en adelante SLCI) la elaboración de un procedimiento para la gestión de los riesgos psicosociales

---

<sup>1335</sup> Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de 17 de mayo de 2019 Resolución de 17 de mayo de 2019 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/3cbc1331706881fd/20190918>

<sup>1336</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Trabajo más seguro y saludable para todos- Modernización de la legislación y políticas de la UE de SST. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0012> (enero 2023)

<sup>1337</sup> Criterio técnico OE ITSS número 104/2021 sobre actuaciones de la inspección de trabajo y Seguridad Social en Riesgos Psicosociales. Disponible en [https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion al ciudadano/crit tecnicos/index.html](https://www.mites.gob.es/itss/web/atencion%20al%20ciudadano/crit%20tecnicos/index.html) (consulta enero 2023)

teniendo en cuenta la diversidad, es decir no es lo mismo un hombre, una mujer que una persona joven.

En el año 2018 el Plenario del SCLI aprobó los “Principios de actuación para los Inspectores de Trabajo con respecto a la diversidad, en particular con respecto a la edad, el genero y otras características demográficas” y la “Guía para valorar la calidad de las evaluaciones de riesgo y gestión de la prevención de riesgos con respecto a la prevención de los riesgos psicosociales”

En consecuencia, el Criterio Técnico 104/2021 lo que realizó fue adaptar la Guía y los Protocolos del SLIC al marco legal vigente en España. Las competencias de la ITSS no sólo abarcan el ámbito de la SST, también las relaciones laborales y seguridad social, materias todas que afectan a los riesgos psicosociales. Como bien señala el criterio aún no hay jurisprudencia del TS que defina el acoso moral o psicológico y el resto de Tribunales no han definido un concepto unificado principalmente el elemento subjetivo de la intencionalidad.

Los avances en esta línea se podrían centrar en particular en la STJUE de 13 de julio de 2018, asunto Micaela Curto<sup>1338</sup>, o la STC 56/2019 de 6 de mayo<sup>1339</sup> dónde se exige que la conducta sea deliberada y sin que se exija la intencionalidad del sujeto activo de cuasar un daño a la víctima. El fundamento jurídico indica que puede bastar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma.

En efecto, el criterio técnico se estructura en tres actuaciones inspectoras: la gestión preventiva de los riesgos psicosociales según la LPTL, las actuaciones inspectoras que vengan motivadas por las denuncias de las y los trabajadores sobre exposición a riesgos y a aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y la tercera actuación

---

<sup>1338</sup> Auto del Tribunal de la Función Pública (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2015 Michela Curto contra Parlamento Europeo. Asunto F-125/14 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62014FO0125> (Consulta enero 2023)

<sup>1339</sup> STC 56/2019, de 6 de mayo de 2019. Recurso de amparo 901-2018, promovido por don Jaime Nicolás Muñiz. (BOE de 10 junio de 2019) disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-8637](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-8637)

se encamina a las actuaciones sobre daños a la salud, accidentes de Trabajo motivados por dichos riesgos.

Para finalizar este apartado se celebra que de fecha muy reciente, el 17 de marzo de 2023, se haya presentado el interesante y necesario Informe “Precariedad laboral y salud mental. Notas al Informe de la Comisión presentado el 17 de marzo”<sup>1340</sup> (en adelante Informe PRESME). Un Informe que tiene su inicio un año antes cuando se presentaron la Comisión de personas expertas sobre la precariedad laboral y salud mental.<sup>1341</sup> Sí que se coincide en esta tesis doctoral en su esencia en la necesaria relevancia y visibilidad que se debería dar a la salud mental y cómo influye la precariedad laboral en la misma, de hecho es el primer estudio global impulsado desde un Gobierno. Valga señalar que es un Informe que está en la línea de las finalidades que se persiguen con la “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027”<sup>1342</sup>. Ésta contempla un enfoque integral en que la protección física y mental se situen al mismo nivel, por lo que es la primera vez que la salud mental constituye una prioridad, poniendo énfasis en los riesgos psicosociales. El Informe PRESME define la salud mental como “*aquellas alteracions en la conducta, emoció i cognició que són negatives, aversives o desagradables per a qui les experimenta, i que tenen conseqüències perjudicials en la relació amb els altres*”<sup>1343</sup>

El Informe PRESME se inicia con una introducción y un prefacio, destacable una frase que debe ser motivo de reflexión del prefacio: “*Ser precario implica vivir una vida insegura, ser más fràgil, envejecer y morir antes de tiempo*”. Con posterioridad su

---

<sup>1340</sup> Ministerio de trabajo y economía social. Gabinete de comunicación. “Yolanda Díaz presenta “la hoja de ruta” para abordar y mejorar la salud mental de las personas trabajadoras”. (en la misma nota de prensa se puede descargar en formato pdf el Informe PRESME). Disponible en: [ministerio de trabajo y economía social - gabinete de comunicación - ministra - \(mites.gob.es\)](https://www.mites.gob.es/ministerio-de-trabajo-y-economia-social-gabinete-de-comunicacion-ministra) (consulta abril 2023) Señalar que el Informe es un resumen que según el coordinador del grupo de personas expertas de un próximo que próximamente se publicará.

<sup>1341</sup> Ministerio de Trabajo y Economía Social. Gabinete de comunicación. “Yolanda Díaz: No podemos permitir que el mercado sea una fuente de malestar social psicológico” Disponible en: [ministerio de trabajo y economía social - gabinete de comunicación - ministra - \(mites.gob.es\)](https://www.mites.gob.es/ministerio-de-trabajo-y-economia-social-gabinete-de-comunicacion-ministra)”

<sup>1342</sup> Ministerio de Trabajo y Economía social. Estrategia Española de SST 2023-2027”, aprobada en Consejo de ministros, reunido el 14 de marzo de 2023. Disponible en [Seguridad y Salud en el Trabajo. Estrategia Española, 2023-2027 \(insst.es\)](https://www.insst.es/seguridad-y-salud-en-el-trabajo-estrategia-espanola-2023-2027) (Consulta abril 2023)

<sup>1343</sup> Ministerio de trabajo y economía social. Gabinete de comunicación. “Yolanda Díaz presenta “la hoja de ruta” para abordar y mejorar la salud mental de las personas trabajadoras”. (en la misma nota de prensa se puede descargar en formato pdf el Informe PRESME). Pág. 26 Disponible en: [ministerio de trabajo y economía social - gabinete de comunicación - ministra - \(mites.gob.es\)](https://www.mites.gob.es/ministerio-de-trabajo-y-economia-social-gabinete-de-comunicacion-ministra)

contenido se plasma en tres recomendaciones generales y en sus seis capítulos o partes, estudia y analiza la precariedad laboral, la salud mental y su interacción para así poder llegar a conclusiones y recomendaciones, en línea con lo que son sus objetivos: conocer la situación y evolución y causas de la precariedad laboral, el impacto de ésta en la salud mental formular propuestas para que el estudio tenga una aplicación efectiva y real.

La primera recomendación y general: “*luchar contra la precariedad y sus efectos sobre la salud mental*”<sup>1344</sup> se subdivide en quince recomendaciones específicas. Como indica ROJO TORRECILLA si prosperasen éstas sería un vuelco en la regulación del ordenamiento jurídico laboral español, comportaría modificar la normativa vigente en el marco del nuevo Estatuto del Trabajo del siglo XXI.<sup>1345</sup>

La segunda recomendación general y al hilo de lo estudiado en este trabajo de investigación se refiere a “*mejorar las condiciones de protección, salud y cuidados de la población trabajadora*”<sup>1346</sup> también se subdivide en seis propuestas específicas. Éstas centran sus objetivos en desarrollar el estado del bienestar, garantizar la protección social, impulsar medidas de SST, cambiar el modelo de sanidad pública, desmercantilizar el sistema público de salud, desprecarizar el sistema sanitario, desarrollar un servicio público de salud mental universal, equitativo, gratuito, humano, dar valor a la atención primaria, desarrollar un sistema público de cuidados, promover la corresponsabilidad en el cuidado entre hombres y mujeres, desprecarización de Trabajo o crisis ecológica.

La tercera recomendación general: “*medir, analizar y evaluar la precariedad laboral y los problemas de salud mental*”<sup>1347</sup> también se desgaja en tres recomendaciones específicas: implementar un instrumento que permita medir de forma multidimensional

---

<sup>1344</sup> *Ibíd*em pag. 7 y 73

<sup>1345</sup> ROJO TORRECILLA, E. Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades Laborales. “Precariedad laboral y salud mental. Notas al Informe de la Comisión presentado el 17 de marzo” de 28 de marzo de 2023 . Disponible en [el blog de eduardo rojo: precariedad laboral y salud mental. notas al informe de la comisión presentado el 17 de marzo. \(eduardorojotorrecilla.es\)](http://elblogdeeduardorojo.com/2023/03/28/precariad-laboral-y-salud-mental-notas-al-informe-de-la-comision-presentado-el-17-de-marzo/) (consulta abril 2023)

<sup>1346</sup> Ministerio de trabajo y economía social. Gabinete de comunicación. “Yolanda Díaz presenta “la hoja de ruta” para abordar y mejorar la salud mental de las personas trabajadoras”. (en la misma nota de prensa se puede descargar en formato pdf el Informe PRESME). Pág. 7 y 80 Disponible en: [ministerio de trabajo y economía social - gabinete de comunicación - ministra - \(mites.gob.es\)](https://www.mites.gob.es/ministerio-de-trabajo-y-economia-social-gabinete-de-comunicacion-ministra)

<sup>1347</sup> *Ibíd*em 7 y 84

la precariedad laboral, un sistema de vigilancia que permita generar y examinar indicadores de precariedad laboral y su impacto sobre la salud mental de las personas trabajadoras o el desarrollo de un sistema de investigación que permita analizar la relación de la precariedad laboral.

Desde el carácter tuitivo y protector, esencia del derecho del Trabajo, se destaca la precariedad en tipos de contrato como el contrato a tiempo parcial o trabajos temporales. No solo en la forma del contrato se encuentra la precariedad sino también en la remuneración percibida, la jornada laboral, los descansos, el carácter irregular de la prestación de trabajo, la conciliación de la vida familiar y personal con la laboral o un entorno de trabajo seguro y saludable y libre de violencia.<sup>1348</sup>

En efecto, en el Informe PRESME se alerta de la dificultad de que las enfermedades relacionadas con la salud mental sean consideradas de origen profesional debido a la propia configuración de los artículos de la LGSS. Esta dificultad ya se ha comentado en este trabajo de investigación en el capítulo IV y además se aboga por una reformulación de los artículos correspondientes de la LGSS. Esta no calificación provoca además de menor investigación por no haber parte de accidente, afecta también a los planes de prevención de riesgos laborales, sin duda es un elemento de precarización fundamental.<sup>1349</sup> Como también lo constituye que desde la LISOS las infracciones sobre jornada, tiempo de trabajo, descansos, etc no se puedan sancionar como factores de incumplimiento de normativa de prevención y de riesgo psicosocial, advertencia analizada en el informe PRESME y indicada en esta tesis doctoral.<sup>1350</sup>

---

<sup>1348</sup> Ministerio de trabajo y economía social. Gabinete de comunicación. “Yolanda Díaz presenta “la hoja de ruta” para abordar y mejorar la salud mental de las personas trabajadoras”. (en la misma nota de prensa se puede descargar en formato el pdf el Informe PRESME). Pág. 39 Disponible en: [ministerio de trabajo y economía social - gabinete de comunicación - ministra - \(mites.gob.es\)](https://www.mites.gob.es/ministerio-de-trabajo-y-economia-social-gabinete-de-comunicacion-ministra)

<sup>1349</sup> Ministerio de trabajo y economía social. Gabinete de comunicación. “Yolanda Díaz presenta “la hoja de ruta” para abordar y mejorar la salud mental de las personas trabajadoras”. (en la misma nota de prensa se puede descargar en formato el pdf el Informe PRESME). Pág. 43 Disponible en: [ministerio de trabajo y economía social - gabinete de comunicación - ministra - \(mites.gob.es\)](https://www.mites.gob.es/ministerio-de-trabajo-y-economia-social-gabinete-de-comunicacion-ministra)

<sup>1350</sup> Ibidem pág. 44



### 3.2. Prevención. Acoso laboral

El acoso laboral puede ser desencadenante de situaciones de estrés en las y los trabajadores que mantenido de una forma prolongada en el tiempo podrían producir alteraciones físicas y emocionales. Se producen desde una o más personas por parte de otras que actúan desde una situación de poder (no necesariamente de jerarquía). De hecho, el acoso laboral no sólo afecta a la salud individual del trabajador o trabajadora en cuestión sino al clima empresarial de la organización pública o privada. La Ley 62/2003<sup>1351</sup> tiene como uno de sus objetivos aplicar el principio de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, en particular por razón de origen racial, o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. (art. 34). Se define el acoso en el art. 28 c) como “*Toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante y ofensivo*”.

Por su parte el acoso psicológico en el trabajo (ATP o mobbing) son situaciones de hostigamiento que se producen entre los miembros de una organización de trabajo.<sup>1352</sup> En este sentido el moobing es una forma característica de estrés laboral, no ocurre exclusivamente por causas relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización, sino en las relaciones interpersonales.

Se podrían calificar dos posiciones en el ATP un acosador con comportamientos hostiles y el acosado. Según definición dada por la NTPRL 854: “*Exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica). Dicha exposición se da en el marco de una relación laboral y supone un riesgo importante para la salud*”<sup>1353</sup>

---

<sup>1351</sup> Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. (BOE del 31 de diciembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23936>

<sup>1352</sup> FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, JR. “¿Qué es y que no es acoso laboral en la empresa?” [www.laboralsocial.com](http://www.laboralsocial.com) disponible en <https://www.laboral-social.com/descargas/acoso-laboral-empresa> pag. 2.

<sup>1353</sup> Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo. NTP854: *Acoso psicológico en el trabajo: definición*. Año 2009. Se empezó a estudiar por el psicólogo alemán HANZ LEYMANN: “The mobbing Encyclopaedia Bulling. *The definition fo Mobbing at Workplaces*;2002.

Se podrían también diferenciar en el ATP: acciones contra la reputación o la dignidad personal del afectado, entre ellos se destaca el acoso sexual, acciones contra el ejercicio de su trabajo (así trabajos para los que el individuo requiere una cualificación menor que la poseída por la víctima o shunting), acciones que comprenden una manipulación de la comunicación o de la información con la persona afectada o acciones de inequidad<sup>1354</sup>

Las conductas que se deberían prevenir en el moobing: Se deben tener en cuenta las medidas de tipo organizacional: cuando el superior restringe a la persona las posibilidades de hablar, cambiar la ubicación del lugar físico de trabajo de una persona con la consiguiente separación de sus compañeras y compañeros, juzgar el desempeño de una persona de manera ofensiva, no asignar tareas o que están sean sin sentido o degradantes

También hay que evitar las acciones de atacar las relaciones sociales de la víctima con aislamiento social, así no dirigir la palabra a una persona, restringir a las y los compañeros la posibilidad de hablar con una persona, o rehusar la comunicación a través de miradas y gestos. Otro punto para destacar en las medidas de prevención de riesgos son los ataques a la vida privada: hacer parecer estúpida a una persona, críticas permanentes a su vida privada, o darle a entender que tiene problemas psicológicos.<sup>1355</sup>

Por supuesto evitar la violencia física, ataques a las actitudes de la víctima, agresiones verbales o difundir rumores. La clave está en diferenciar lo que no se considera mobbing, sino simples conflictos acaecidos en el marco de las relaciones humanas que se dan en el entorno laboral o la supervisión y control que se ejerce desde el deber empresarial.

Siguiendo a CAMAS el acoso moral en el trabajo se puede calificar como riesgo en el trabajo. Se requiere la adopción de todos los deberes empresariales que la LPRL (art. 15.1). pone a disposición para cumplir las medidas de SST. Es un riesgo emergente que

---

<sup>1354</sup> Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo. NTP 476: *El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing*. Año 1998. Actualizada por la NTP854: *Acoso psicológico en el trabajo: definición*.

<sup>1355</sup> FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, JR. “¿Qué es y que no es acoso laboral en la empresa?” [www.laboralsocial.com](http://www.laboralsocial.com) disponible en <https://www.laboral-social.com/descargas/acoso-laboral-empresa> pag. 6.

en el cual hay que reconocer exactamente que estamos delante de una situación de moobing y además probarlo, que no es tarea fácil.<sup>1356</sup>

### **3.3. Estrés. Burn out. Ciberacoso.**

Todas y todos somos susceptibles de sufrir, de padecer estrés en el trabajo. Hay colectivos que corren más riesgo que otros: el que el ambiente sea hostil, los que tengan una situación económica desfavorable, la edad o discapacidad. El estrés se manifiesta con síntomas como la agresividad, fatiga o alteraciones del sueño.<sup>1357</sup> Atendiendo al concepto amplio de salud que define el preámbulo del texto constitutivo de la OMS que se analizó con detenimiento en el primer capítulo se han de tener en cuenta riesgos físicos y psicosociales. Además, como también se vió en la OIT la SST ha pasado a ser un principio de derecho fundamental. Todo esto llevaría a que se tuviera en cuenta tanto en la LPRL, en una posible reformulación del artículo 26 por ejemplo como del artículo 156 de la LGSS.

El síndrome del burn out, o síndrome del trabajador quemado se empezó a estudiar en EE. UU. en personal de la medicina, enfermería, personal docente, bomberos...Las principales etapas o fases por las que se desarrolla el proceso de burn out consistirían en: agotamiento psíquico debido a demandas emocionales, como medida de defensa se desarrollan conductas de distanciamiento y falta de compromiso con el trabajo y finalmente se genera en el trabajador/a una autoimagen negativa.<sup>1358</sup>

Según la Guía sobre el estrés relacionado con el trabajo elaborada por la Comisión Europea se deberían tener en cuenta: un nuevo diseño del puesto de trabajo y de las tareas, una gestión participativa, horarios laborales flexibles, el desarrollo de una carrera profesional, y un nuevo diseño de los factores físicos del puesto de trabajo. Además, se añaden medidas de respuesta individuales al estrés por ejemplo el ejercicio físico.<sup>1359</sup>

---

<sup>1356</sup> FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, JR. “¿Qué es y que no es acoso laboral en la empresa?” [www.laboralsocial.com](http://www.laboralsocial.com) disponible en <https://www.laboral-social.com/descargas/acoso-laboral-empresa> pag. 22 y 23.

<sup>1357</sup> CAMAS RODA, F. “Mobbing y prevención de riesgos laborales (sobre los problemas relativos a la prevención de riesgos psicosociales)” op. Cit pág. 19.

<sup>1358</sup> CAMAS RODA, F. “Mobbing y prevención de riesgos laborales (sobre los problemas relativos a la prevención de riesgos psicosociales)” op. Cit pág. 20.

<sup>1359</sup> CAMAS RODA, F. “Mobbing y prevención de riesgos laborales (sobre los problemas relativos a la prevención de riesgos psicosociales)” op. Cit pág. 21.

La aparición de las redes sociales ha supuesto cambios en la vida cotidiana y también repercute en el mundo laboral. La persona trabajadora podría ser acosada y de una manera fácil dado que el acceso a las redes sociales o mensajerías como whatsapp se tiene acceso desde casa como desde el trabajo. El origen del acoso por envidias, promociones, mal clima laboral... hay un intento de atacar a la víctima, humillarla, porque quien acosa cree que lo hace es justo.<sup>1360</sup>

El ciberacoso es considerado como una forma de ejercer la violencia laboral de género por la connotación de dominación, discriminación, abuso de poder...mayoritariamente es la mujer quien sufre el ciberacoso. En el contexto laboral la persona acosadora realiza a través de la red la difusión de información falsa para dañar la imagen profesional y personal de la víctima También el acoso sexual se puede realizar a través de dispositivos tecnológicos, ya que se crea un entorno intimidatorio, degradante, ofensivo y difícil de controlar.

Cada vez en mayor número de ocasiones se puede producir el ciberacoso manifestado según sea el entorno de la víctima y el objetivo que se persigue. Se puede producir cyberbullying, ciberacoso sexual, grooming, cyberstalking entre otras. Siempre se dará un desequilibrio de poder entre las personas involucradas, entre acosador y acosado y con el agravante que se repitan a lo largo del tiempo. Las TIC han promovido nuevas formas de intimidación y acoso, así se puede utilizar correo electrónico, mensajería instantánea, blogs, páginas web, redes sociales...Las redes sociales son lugar propicio para el acoso a causa del anonimato, la inmediatez, la viralización. fáciles para persona que tiene intención de acosar.<sup>1361</sup>

Así de esta forma el término sextorsión es una contracción de la palabra sexo y extorsión, Es decir, el chantaje o amenaza de publicar contenido audiovisual o información personal sexual. Deben existir material, amenaza, valor (lo que se pretenda

---

<sup>1360</sup> VICENTE PACHES, F. "El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo" en Editorial Lex Nova Revista *de Información Laboral* núm. 2 de 2017 pág. 99 a 120.

<sup>1361</sup> ECHAZARRETA SOLER, C. PÉREZ GOMEZ, M.A, AUDEBERT M., SÁNCHEZ MIRET, C. "El Ciberacoso como elemento articulador de las nuevas violencias digitales: métodos y contextos" *Communications Papers Media Literacy&Gender Studies*. 2020 vol. 9 pág. 47 Disponible en <https://raco.cat/index.php/communication/article/view/384848/477934>

conseguir de la víctima) y internet como medio para la extorsión. La sextorsión se podría dar en el ámbito laboral o fuera de él.<sup>1362</sup>

Asimismo, la violencia a la pareja o expareja conlleva que las TIC sean un medio más para poder continuar con los ataques o agresiones, por ejemplo, que una persona ve la foto de su pareja en internet o expareja, le provoque un ataque de celos y sea el detonante de violencia física. Además, se pueden controlar redes sociales, webs, apropiación de contraseñas, controlar ubicación... Debe haber una sensibilización de la sociedad ante la violencia con las nuevas tecnologías que se debe iniciar con la información. Se deben obviar prejuicios y miedos en relación con las TICs, la normativa debe tener en cuenta estos riesgos laborales que se producen utilizando las nuevas tecnologías.<sup>1363</sup>

Todas estas conductas tienen una repercusión evidente en la salud de las personas trabajadoras y debe formar parte de las medidas de prevención de riesgos laborales. La formación y especialización a sujetos implicados y personas que se especializan en combatir el ciberacoso. Se constata una falta de cultura preventiva de riesgos en la red en general y en el contexto laboral, visibilizar este riesgo tan potencialmente dañino. Se podrían elaborar políticas específicas del uso de las redes sociales.<sup>1364</sup>

#### **4. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. COVID-19 y PERSONAL SANITARIO**

Según datos de la OMS las y los trabajadores sanitarios han representado el 10% del zz detección y diagnóstico. Declara Médicos sin Fronteras que las condiciones sanitarias y laborales a las que el personal en primera línea se ha encontrado es falta de las medidas de seguridad y protección.<sup>1365</sup> En un artículo en “*The British Medical Journal*” se señalaba como factores entre otros que influyeron en el alto contagio en personal de salud: la fragmentación del sistema sanitario 17 comunidades autónomas, escasa inversión en salud por debajo de la media europea, la respuesta inadecuada de la

---

<sup>1362</sup> Ibidem. Pag. 48

<sup>1363</sup> Ibidem. Pág. 53

<sup>1364</sup> VICENTE PACHES, F. “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo” en Editorial Lex Nova Revista *de Información Laboral* núm. 2 de 2017 pág. A 120

<sup>1365</sup> Médicos sin Fronteras: Informe sobre la protección del personal sanitario durante la Covid-19 en España.” Julio 2020 pág. 19

industria e insuficiente inversión en I+D, equipos de protección individuales insuficientes,<sup>1366</sup> Preocupante fue el dato que reveló el sindicato SATSE (sindicato de enfermería), ya que 7 de cada 10 profesionales tuvieron que reutilizar las mascarillas FFP2 o FFP3, 6 de cada 10 reutilizaron mascarillas quirúrgicas y más de la mitad (53,59%) reutilizaron las batas impermeables<sup>1367</sup>.

Una de las primeras demandas que se presentaron por la debida falta de protección de las y los sanitarios fue la de la Confederación estatal de Sindicatos Médicos (CESM) ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo. Se alegaba que se ponía en grave riesgo la salud de las y los trabajadores de la Sanidad y de las y los ciudadanos. Lo que conllevaba el correlativo deber de proteger estos derechos a la Administración sanitaria (artículo 14, 15, y 17 de la Ley 31/1995, de PRL).

La Sala Tercera del TS<sup>1368</sup> deniega la solicitud de medidas cautelarisimas inaudita parte. Se argumentó que la Sala era consciente de la situación de emergencia y de la necesidad de las y los profesionales sanitarios. No obstante, no constaba ninguna actuación contraria a esa necesidad y *“son notorias las manifestaciones de los responsables públicos insistiendo en que se están desplegando toda suerte de iniciativas para satisfacerlas”* No se indica nada en la argumentación del TS sobre la LPRL que era el fundamento sustantivo de la petición cautelar.

Finalmente, mediante el instrumento específico del estado de alarma, se administrativiza la solicitud para obtener el cumplimiento de la obligación legal de protección de prevención de riesgos laborales de los profesionales sanitarios<sup>1369</sup>. La resolución que la prevención de riesgos laborales de los profesionales sanitarios no es prevención de

---

<sup>1366</sup> Vid.” *La infección generalizada por covid-19 entre lo profesionales sanitarios españoles no se produjo por casualidad”* <https://blogs.bmj.com/bmj/2020/06/01/widespread-covid-19-infection-among-spanish-healthcare-professionals-did-not-occur-by-chance/> Consultado mayo 2022.

<sup>1367</sup> SATSE Sindicato de Enfermería. “5500 enfermeras y enfermeros graves por la Covid 19” de 16 de junio de 2020 <https://www.satse.es/comunicacion/sala-de-prensa/notas-de-prensa/5.500-enfermeras-y-enfermeros-graves-por-la-covid-19> (consulta mayo 2020).

<sup>1368</sup> TS Sala tercera, sección cuarta. Auto de 25 de marzo de 2020. Recurso 88/2020 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fe28a15591981f7d/20200326>

<sup>1369</sup> TS Sala tercera, sección cuarta. Auto de 20 de abril de 2020. Recurso 91/2020 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fe28a15591981f7d/20200326>

riesgos laborales, se pregunta si lo sería otros cuerpos como los policías por el Ministerio del Interior entre otros. <sup>1370</sup>

La primera sentencia que condenó a la Administración Pública fue el TSJ de Aragón<sup>1371</sup>. El motivo fue no proteger adecuadamente durante la pandemia con equipos de protección individual al personal sanitario de la provincia de Teruel. De esta forma vulnerando a la integridad física de las y los trabajadores. Rechazó el argumento que se trataba de un riesgo imprevisible e inevitable.

En el fundamento de derecho vigésimo primero argumenta que ya se había indicado por el TS (en medida cautelar instada en procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales) para requerir al Ministerio de Sanidad la provisión a todos los hospitales de España de EPIS. Se acepta como hecho notorio que el personal sanitario no cuenta con los medios necesarios para realizar su trabajo en un contexto de pandemia. Así también fue declarado por la Audiencia Nacional. <sup>1372</sup>

La STSJ de Aragón señala que la propia Administración reconoció su insuficiencia en medidas de protección. Tampoco la administración probó la suficiencia de equipos de protección individual para el riesgo biológico existente. Se condenó a la Administración a adoptar la normativa de prevención de riesgos laborales para proteger la integridad física y la protección a la salud de personal.

Lo más importante a destacar es el efecto psicológico que la pandemia causó al personal sanitario. Y debería servir como aprendizaje para mejorar y saber que la persona

---

<sup>1370</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. ÁNGEL QUIROGA, M. “Dualidad de jurisdicciones, contenciosa-administrativa y social, en el estado de alarma. La prevención de riesgos laborales del personal sanitario en la emergencia de la pandemia de COVID-19 ante el desabastecimiento de medios de protección de la salud. Solicitud de medidas cautelares inaudita parte de provisión de medios de protección sanitaria a hospitales y centros asistenciales” en Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. *Revista de Jurisprudencia laboral* número 3/2020.

<sup>1371</sup> TSJ de Aragón. Resolución de fecha 22 de septiembre de 2020. 353/2020 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c71208b2741be7f1/20200930> en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Teruel de fecha 3 de junio de 2020.

<sup>1372</sup> Audiencia Nacional. Sala de lo Social Resolución de 6/04/2020 Resolución 18/2020 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b185e32a1473411a/20200414>  
Audiencia Nacional. Sala de lo Social Resolución de 6/04/2020 Resolución 20/2020 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4e07eea6442e0cfc/20200414>  
Audiencia Nacional. Sala de lo Social Resolución de 6/04/2020 Resolución 19/2020 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/088f4f246396895e/20200414>

sanitaria también requiere prevención de riesgos física y psicológica. Muchas y muchos sufrieron depresión, ansiedad, agotamiento emocional o insomnio. Se destaca el apoyo de atención psicológica habilitado por el Ministerio de Sanidad, junto con el Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos (COP) de España, un 9% de las llamadas atendidas correspondieron a personal sanitario.<sup>1373</sup>

España se enfrentó a una demanda sin precedentes de EPÍS de todo tipo, que llevo a tener que reutilizarse en lugares clave como los hospitales o residencias. La capacidad de producción en España de EPIS deviene esencial. Al margen de ello, es que hubo aprovisionamiento de mascarillas defectuosas o inadecuadas.<sup>1374</sup>

En base a la LPRL: *“Para una adecuada actuación preventiva, el trabajador tiene derecho a: ser informado directamente de los riesgos para su salud y seguridad y de las medidas preventivas adoptadas, incluidas las previstas para hacer frente a situaciones de emergencia, ... disponer de las medidas de protección específicas cuando por sus propias características personales o estado biológico conocido o incapacidad física, psíquica o sensorial sean especialmente sensibles a determinados riesgos determinados del trabajo, ser consultados y participar en todas las cuestiones que afecten a la SST. Las y los trabajadores tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario y a los órganos de participación y representación, a través de quienes se ejerce su derecho a participar.”*<sup>1375</sup>

Sea como fuere el personal sanitario permaneció en sus puestos de trabajo, aun entrañando un riesgo grave e inminente para su vida o salud. (artículo 21.2 de la LPRL). La exposición al virus sin las medidas de protección necesarias fue un peligro para el personal sanitario y sus familias y el personal sanitario. No debería volver a ocurrir. Además, el art. 12 del RD 463/2020 detalló que se garantizaría *“la posibilidad de determinar la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales”* para combatir la epidemia Covid-19.

---

<sup>1373</sup> Médicos sin Fronteras: Informe sobre la protección del personal sanitario durante la Covid-19 en España.” Julio 2020 pág. 28 y 29.

<sup>1374</sup> Idem.

<sup>1375</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre), art. 14.



Durante la pandemia del COVID-19 se impuso el teletrabajo como mecanismo para proteger la compatibilidad del contagio. La causa no fue sólo por razones de interés general sino también en base a las obligaciones de colaboración de las personas trabajadoras.<sup>1376</sup> En el RD Ley 8/2020 artículo 5<sup>1377</sup> se señalaba el cumplimiento de la obligación preventiva empresarial de evaluar los riesgos con una autoevaluación voluntaria de riesgos por parte del teletrabajador, sólo para las empresas que no se hubiera implantado el teletrabajo con anterioridad.

Se destaca en esta materia el criterio técnico n° 103/ 2020 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a la habilitación contenida en el RD Ley 21/2020 de 9 de junio (disposición ya derogada), en relación con las medidas de prevención e higiene para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 en los centros de trabajo.<sup>1378</sup> La Inspección de trabajo tuvo que revisar las actuaciones relativas a situaciones derivadas de la COVID-19 en los centros de trabajo, ya se había dictado otro criterio operativo anterior el número 102/2020 de 16 demayo.

Es importante señalar que a la vez que se determina una serie de obligaciones de salud pública se indica que la normas en materia de prevención de riesgos laborales y de carácter laboral mantiene su vigencia. En otras palabras, existe la compatibilidad entre todas las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Sí se ha de resaltar que la actuación de la ITSS se vincula a la habilitación que se le prescribió en el artículo

---

<sup>1376</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE de 10 de noviembre), art. 14., artículo 29: “*Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.*”

<sup>1377</sup> RD Ley 8/2020 de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824>

<sup>1378</sup> Criterio técnico n° 103/ 2020 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social relativas a la habilitación contenida en el RD Ley 21/2020 de 9 de junio, en relación con las medidas de prevención e higiene para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 en los centros de trabajo. Disponible en [https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_103\\_20\\_20.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_103_20_20.pdf)

31.4 del RD Ley 21/2020 y a las medidas de salud pública que se establecen en los artículos 7.1 a) b) y c) de dicho texto legal.<sup>1379</sup>

La habilitación se limitaba a requerir y extender acta de infracción al empleador que incumpliese las obligaciones. No entra dentro de las competencias de la ITSS la adopción de medidas cautelares del artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre General de Sanidad Pública dónde se refiere al cierre preventivo.

## **5. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

Los cambios tecnológicos han provocado cambios en la estructura de las relaciones laborales. Se trasladan las clásicas unidades productivas hacía otras, los tiempos cambian, el mundo del trabajo y la prevención de riesgos se deben de adecuar o se quedan atrás. Para proteger la salud hay que adaptarse. Principalmente hay que hacer frente a la hiperconectividad digital, y para eso se hace patente la desconexión digital.

Una protección al descanso, el derecho de las personas trabajadoras a no responder emails o mensajes profesionales fuera de su horario laboral. La nueva realidad laboral que se va introduciendo y cambia esquemas hasta ahora tradicionales encorsetados en la normativa tradicional es el teletrabajo. Por eso en este epígrafe se hablará de la desconexión digital y el teletrabajo.

### **5.1. Derecho a la desconexión digital**

Es la LOPDGDD dónde sí se impone la obligación de las empresas de regular la desconexión digital. El artículo 88 señala que todas las empresas, independientemente del tamaño, número de empleados o sector de actividad están obligadas a elaborar e implantar su protocolo de desconexión digital. Así lo indica el art. 88.3: *El empleador, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará*

---

<sup>1379</sup> RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE de 10 de junio) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5895> La norma se entiende implícitamente derogada por la Ley 2/2021, de 29 de marzo. Fecha de derogación 31 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-4908&p=20221224&tn=6>

*una política interna dirigida a las y los trabajadores, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática...".* Si hubiera personas trabajadoras que estuvieran teletrabajando se debería tener en cuenta el artículo 18 de la Ley de trabajo a distancia<sup>1380</sup> que se regula en los mismos términos que el art. 88 anteriormente mencionado. Por lo que no hay un contenido mínimo obligatorio, ya que sólo se refiere la legislación a planes de formación o sensibilización.

La elaboración del protocolo de desconexión digital no queda supeditada a que el convenio de aplicación regule alguna disposición al respecto. Lo que sí será obligatorio es la audiencia previa con los representantes de los trabajadores. Así las cosas, las y los empleados no tienen obligación de responder emails fuera de su horario laboral. Aunque las y los empresarios sí pueden enviar emails. Es posible que haya que enviar emails en esa franja horario de descanso, pero no deja de ser discutible.

Es posible que para las y los trabajadores recibir emails o WhatsApp fuera de su jornada les implique una expectativa o se les genere una obligación a contestar o a pensar en el trabajo y no descansar. Ciertamente para las y los trabajadores que tengan algún plus de disponibilidad o estén realizando guardias durante ese tiempo el envío de emails no iría en contra de la desconexión digital.

Aunque hay que determinar muy bien el horario de las guardias y el régimen del plus de disponibilidad. Se advierte que en la Guía del Ministerio de Trabajo de registro de jornada<sup>1381</sup> se clarificaba el ámbito subjetivo de aplicación *“que la totalidad de trabajadores, al margen de su categoría o grupo profesional a todos los sectores de actividad y a todas las empresas, cualquiera que sea su tamaño u organización empresarial”*

---

<sup>1380</sup> Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. BOE de 10 de julio de 2021 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-11472>

<sup>1381</sup> Guía sobre el registro de jornada para clarificar las dudas sobre el RD Ley 8/2019, de 8 de marzo de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.(publicado el 12 marzo) disponible el RD Ley en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3481>

La STSJ de Madrid de 4 de noviembre<sup>1382</sup> alude a la posible vulneración de los artículos 18.4 de la CE, artículo 88 de la LO 3/2018, 20 bis del ET. Los hechos derivan de un controlador aéreo que se negaba a realizar un curso a distancia porque exigía que el momento temporal para la realización se debía encuadrar en el cuadrante mensual, aunque finalmente lo realizó. La exposición de motivos de la LO 3/2018 conecta el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad personal y familiar. Se añade que hay una correlación con el artículo 43 porque la protección a la salud debe garantizar la desconexión digital.

En este sentido señala la STSJ de Madrid que no se pueden confundir los límites sobre jornada laboral con los límites temporales a la actividad aeronáutica. Señala además que los límites sobre tiempo de trabajo son normas preventivas, por lo que la empresa es responsable del momento elegido por el trabajador para la realización del curso para preservar el derecho al descanso. Debería haber dictado unos criterios claros. Entiende el Tribunal que la falta de estos criterios no implicaba la ilegalidad de la orden ni su desobediencia<sup>1383</sup> Como observación advertir que refuerza la protección a la salud y el tiempo de trabajo a un segundo plano en línea con la estructura constitucional que los considera principios rectores.

Es relevante observar que con el derecho a la desconexión digital se incardinan los derechos a la conciliación de la actividad personal y familiar, tiempo de trabajo, descanso, permisos, vacaciones, intimidad de las y los trabajadores, pero por supuesto la prevención de riesgos laborales para evitar el riesgo de la fatiga informática. La normativa por lo que se refiere a las modalidades de su ejercicio deja abierta las modalidades concretas de ejercitarla: *“se sujetará a lo establecido en la negociación colectiva o en su defecto a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.”*

La desconexión digital no debería quedar incardinada sólo en el tiempo de descanso, sino en el de trabajo. Así de este modo en determinados momentos del día que se requiera más concentración, incentivar el no estar tan alerta de las notificaciones emails.

---

<sup>1382</sup> TJSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2020 (número de resolución 962/2020) disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/282f6806e10bae3a/20201223>

<sup>1383</sup> TJSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2020 (resolución 962/2020) Fundamento de derecho tercero. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/282f6806e10bae3a/20201223>

Respecto a los emails también se podría establecer un horario para mirarlos<sup>1384</sup>, así el convenio colectivo del Grupo Santander que promueve un uso racional del correo electrónico.<sup>1385</sup> Incluso como tiene en su Convenio Mapfre, un horario para reuniones con preaviso.<sup>1386</sup>

El primer convenio colectivo español que de forma expresa reconoció el derecho a la desconexión digital fue el del Grupo AXA, en su artículo 14.<sup>1387</sup> BARRIOS manifestaba que la propia directora de Relaciones Laborales y Diversidad e Inclusión del Grupo AXA indicaba que los managers enviaban menos emails fuera de hora y que sabían que los trabajadores no tenían obligación de contestar hasta el día siguiente.<sup>1388</sup>

En base al nuevo marco sancionador de la LISOS<sup>1389</sup> las infracciones laborales se defienden desde este trabajo de investigación que se pudiesen tipificar como infracción por prevención de riesgos laborales, es decir desde el artículo 12.1: *“incumplir la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.”*

Como advierte BARRIOS las medidas de sensibilización y formación en la desconexión digital se deberían enfocar en primer término desde la protección desde la protección de la salud y descanso de los trabajadores. Lo que se pretende es un uso razonable de los medios digitales en una sociedad hiperconectada<sup>1390</sup> Actualmente se encauza por el

---

<sup>1384</sup> VELASCO LOZANO, J. “Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho” vlex Revista de derecho laboral vLex núm. 2 abril 2021 Pág. 54 vlex.

<sup>1385</sup> Resolución de 22 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por el que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Santander. (BOE 3 de diciembre) disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17413](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-17413)

<sup>1386</sup> Mapfre. Política del Derecho a la Desconexión Digital de las Personas trabajadoras, Firmado con las y los representantes de los trabajadores y sindical en fecha 11 de diciembre de 2020. Vid. <https://noticias.mapfre.com/mapfre-desconexion-digital/>

<sup>1387</sup> Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del Grupo AXA. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-11622](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-11622)

<sup>1388</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones” en *Revista Aranzadi Doctrinal* número 1 de 2019

<sup>1389</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (BOE del 8) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

<sup>1390</sup> BARRIOS BAUDOR, G. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones” en *Revista Aranzadi Doctrinal* número 1 de 2019.

artículo 7.5 de dicha Ley, dónde se regulan los incumplimientos en materia de transgresión de límites en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias. etc.<sup>1391</sup>.

## 5.2. Teletrabajo

Hace no muchos años la posibilidad de teletrabajar era más limitada. La facilidad en la conectividad y el desarrollo de tecnologías colaborativas es dónde encuentra cabida la extensión de esta forma de trabajar. El problema que plantea la seguridad y salud en el trabajo se relaciona con la propia definición de teletrabajo. La Ley 3/2012<sup>1392</sup> no elaboró una regulación del teletrabajo, lo encuadró en el concepto jurídico de trabajo a distancia. Artículo que queda modificado por la Ley 10/2021<sup>1393</sup> “*Los trabajadores podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia*”.

El teletrabajo es una realidad dinámica ligada al desarrollo tecnológico. Las normas de prevención de riesgos parten del principio de que el empresario controla o puede controlar el espacio, medio y lugar dónde se desarrolla la prestación de servicios. De ahí el deber del empresario de proteger a las y los trabajadores frente a los riesgos que se vayan produciendo. En paralelo las y los trabajadores tienen un derecho a la protección de la seguridad y salud. Es un deber intransferible de las y los empresarios que no pueden trasladar el coste a las personas trabajadoras (artículo 14.5 de la LPRL).<sup>1394</sup>

El teletrabajo trae nuevos riesgos por su propia configuración. Y además el control de los riesgos es más complicado. No obstante, la LPRL no regula en su articulado las limitaciones que las y los empresarios se pueden encontrar cuando se desarrolla la prestación de trabajo en la modalidad de teletrabajo.<sup>1395</sup>

---

<sup>1391</sup> Idem.

<sup>1392</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-11472#df-3>

<sup>1393</sup> Ley 10/2021 de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio de 2021) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-11472#df-3>

<sup>1394</sup> GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., SABADELL BOSCH, M. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo” op. Cit pág. 40.

<sup>1395</sup> Acuerdo Marco sobre teletrabajo firmado el 16 de julio de 2002 (última modificación 17 de julio de 2005): el empresario es el responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesional del

El problema de la necesidad del consentimiento de las personas trabajadoras para acceder a sus domicilios y poder verificar las condiciones de seguridad y salud ha conducido a que se condicione el teletrabajo a ese consentimiento para realizar la evaluación inicial de riesgos. Aunque no solucionaría la problemática de la evaluación de riesgos, ya que esta no sólo es inicial sino continua y se requiere siempre el consentimiento para poder acceder. Y no es baladí que el consentimiento sea cuando sea siempre se podría revocar (derecho a la intimidad e inviolabilidad).<sup>1396</sup>

También se ha implantado como posible solución un sistema de evaluación de riesgos laborales que se basa en la identificación y valoración de riesgos por las y los teletrabajadores. Se facilita una lista de autocomprobación y se le informa sobre los riesgos asociados al puesto de trabajo, equipo y métodos de trabajo. Se puede acompañar con cursos de formación. La autoevaluación consiste en que la trabajadora o el trabajador auto comprueban su puesto de trabajo con pantallas de visualización de datos para corregir los riesgos que detecte.<sup>1397</sup>

Los desajustes entre la obligación formal de seguridad y salud laboral y el cumplimiento material en caso de teletrabajo se sintetizarían en: el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), la validez y eficacia de la autoevaluación en base al RSP (Reglamento de los servicios de prevención) ya que las y los trabajadores no tienen formación suficiente para realizarla,<sup>1398</sup> el concepto de puesto de trabajo ad hoc, no tiene los parámetros de la definición clásica y es dónde surgen nuevos riesgos.

Siguiendo lo explicado en el párrafo anterior también se podría señalar la delimitación de los riesgos a evaluar. Se corre el riesgo de que se realice una evaluación puramente formal, sin que se realice una valoración integral de los riesgos. No se pueden limitar los riesgos del teletrabajo a los aspectos ergonómicos o los relacionados con pantallas de visualización de datos, así por ejemplo un riesgo a considerar entre otros es la tecno

---

teletrabajador según Directiva 89/391, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes.

<sup>1396</sup> GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., SABADELL BOSCH, M. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo” op. Cit pág. 4.

<sup>1397</sup> Idem.

<sup>1398</sup> Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE de 31 de enero), artículos, 35 c), 36 b) y 37 b). Por otro lado, la formación mínima exigida para poder realizar una evaluación elemental se determina en el anexo IV del RSP.

adicción. Tampoco sabrá el teletrabajador determinar la naturaleza común o profesional de una contingencia. El problema se encuentra en que la misma tecnología se usa para la vida personal que la profesional, esto crea confusión. Se dificulta el deber de prevención.<sup>1399</sup>

Los riesgos físicos que pueden prevaler más en la modalidad de teletrabajo, aparte de los generales, serían los de carácter ergonómico y de medioambiental. Se contempla un inadecuado espacio físico o entorno de trabajo, deficientes herramientas de teletrabajo como por ejemplo podría ser la silla o equipo informático, el sistema de comunicación empresa-teletrabajador y las circunstancias personales de la persona trabajadora, lo que tendría como consecuencia inmediata los trastornos musculoesqueléticos, fatiga visual o malestar físico en general.<sup>1400</sup>

Para la prevención de los riesgos físicos indicados será necesario acudir a lo indicado en el RD 488/1997<sup>1401</sup>, en su anexo se establecen una serie de exigencias objetivas mínimas a cumplir. Tanto por lo que se refiere al equipo: pantalla, teclado, mesa o superficie de trabajo, asiento de trabajo. Medidas en relación con el entorno de trabajo: medidas de espacio, iluminación, reflejos y deslumbramientos, ruido, calor, emisiones y humedad. Y los factores a tener en cuenta en la interconexión ordenador/ persona entre ellos que los sistemas deberán proporcionar a los trabajadores indicaciones sobre su desarrollo.

La disposición final primera del RD 488/1997, establece que *“El INSST, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5 del RD 39/1997, elaborará y mantendrá actualizada una Guía Técnica para la evaluación y prevención de riesgos relativos a la utilización de equipos que incluyan pantallas de visualización”*. Estas exigencias se detallan por la guía técnica del INSHT.<sup>1402</sup>

---

<sup>1399</sup>GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., SABADELL BOSCH, M. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo” op. Cit pág. 48.

<sup>1400</sup> GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., SABADELL BOSCH, M. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo” op. Cit pág. 49.

<sup>1401</sup> RD 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. (BOE de 23 de abril de 1997) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-8671&p=19970423&tn=6>

<sup>1402</sup> INSST. *Guía técnica para la evaluación y prevención de los riesgos relativos a la utilización de los equipos con pantallas de visualización*, Madrid, junio de 2021.



Por lo que se refiere a los riesgos psicosociales que predominan más en el teletrabajo se encuentra el aislamiento, lo que tiene consecuencias de afectividad emocional con los compañeros o desvinculación con los objetivos y política de empresa. Hasta también la fatiga patológica dónde haya un sentimiento de soledad o angustia. En el Marco Europeo sobre Teletrabajo ya se señala que las y los empresarios deberán tomar medidas para prevenir el aislamiento, por ejemplo, implantado las reuniones de forma presencial. Lo que puede suponer una solución para prevenir este riesgo es el teletrabajo a tiempo parcial. Así lo contempla el Libro Blanco del teletrabajo en Repsol<sup>1403</sup>. Otra medida a destacar para evitar el aislamiento podría ser trabajar en coworkings.

Otro riesgo psicosocial que puede afectar a las personas trabajadoras es el tecnoestrés, un uso negativo de las TICs. Se definiría como el desajuste entre altas demandas laborales y los escasos recursos disponibles para el uso de las tecnologías. Dentro del concepto genérico del tecnoestrés se podría perfilar la tecnoansiedad, tecnofatiga o la tecnoadicción. También estaría presente, aunque no es exclusivo del teletrabajo es el riesgo de adicción al trabajo. La persona que teletrabaja puede tender a no diferenciar la frontera entre tiempo de trabajo y vida personal o la dificultad de conciliar con los cuidados. Estos riesgos podrían generar tristeza, depresión, ansiedad.<sup>1404</sup>

Sea como fuere la prevención de riesgos laborales en el teletrabajo no es una cuestión baladí por la gran dificultad en su implementación. La implantación del teletrabajo en circunstancias extraordinarias ha acabado agravando la salud física y psicológica de los trabajadores. Se debería realizar una evaluación de riesgos y planificación preventiva eficaz, informar y formar a las personas teletrabajadoras, fijar objetivos concretos, desconexión digital y control de la salud física y psíquica.<sup>1405</sup>

Sea como fuere a pesar de estas fisuras no es incompatible con asignar a las personas trabajadoras determinadas obligaciones preventivas como señala el art. 29 de la LPRL “*Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos*”. No es baladí la participación de aquellos en los sistemas de prevención del teletrabajo, son quienes

---

<sup>1403</sup> REPSOL. *El libro blanco del teletrabajo en Repsol* de 2012 disponible en [http://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2014/05/libro\\_blanco\\_repsol.pdf](http://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2014/05/libro_blanco_repsol.pdf) pág. 65.

<sup>1404</sup> MUROS POLO, A. “El derecho a la seguridad y salud de los teletrabajadores antes y después del nuevo coronavirus” Universidad la Gran Colombia. *Inciso* Volumen 23 núm. 1 2021 pag. 7.

<sup>1405</sup> *Ibidem* pág. 16.

mejor conocen sus propios puestos de trabajo, y además puede mejorar el clima de trabajo y ayudaría a disminuir la sensación de aislamiento. La solución desde la perspectiva jurídica stricto sensu, resulta complicada. No obstante, puede ayudar a modelos más participativos de sistemas de prevención de riesgos, incluida la negociación colectiva.<sup>1406</sup>

En la Ley de Trabajo a distancia<sup>1407</sup> se establece en su artículo 15 que “*Las personas que trabajan a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con lo establecido en la LPR*”: El artículo 16 dividido en dos párrafos se titula “*Evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva*” Se hace hincapié en el primer párrafo en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo. La evaluación de riesgos abarca exclusivamente la zona habilitada para la prestación de servicios.

En el segundo párrafo se establece que es deber de la empresa cerciorarse de todos los riesgos y prever las medidas de protección necesarias. Si es necesario la visita al lugar donde se teletrabaja se deberá emitir informe escrito y entregarlos a la persona trabajadora y a las delegadas y delegados de prevención. Si no se obtiene el permiso de la persona trabajadora para la entrada al domicilio se seguirán las instrucciones del servicio de prevención. La evaluación de riesgos se desarrollará en base a la información que transmita la persona trabajadora.

La Ley 10/2021 excluye de su ámbito de aplicación el teletrabajo que no supere el 30% en un período de tres meses y el teletrabajo móvil, y el teletrabajo COVID-19. Es el artículo 16 de la Ley 10/2021 el que regula los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos, distribución de jornada, descansos, desconexiones. Lo que no se fomenta es el teletrabajo a tiempo parcial para evitar el riesgo de aislamiento. Sólo es con los menores que se establece un mínimo de un 50%, también en los contratos formativos.

---

<sup>1406</sup> Ibidem pág. 49.

<sup>1407</sup> Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia (BOE de 10 de julio) disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-11472](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-11472)

Se echa en falta una regulación más pormenorizada de la desconexión digital. Hay también una remisión a la negociación colectiva para regular las circunstancias extraordinarias. Si las cláusulas de reconexión son vagas e imprecisas se desvanece el derecho a la desconexión digital. En el artículo 8 se indica que los convenios con ayuda del plan de igualdad deberán implementar criterios de acceso al teletrabajo que fomenten la corresponsabilidad entre mujeres y hombres.<sup>1408</sup>

En base al artículo 16 para realizar la evaluación de riesgos el documento a cumplimentar por el trabajador ha de ser elaborado por el servicio de prevención, y ofrecer la información en materia de riesgos psicosociales, ergonómicos y organizativos. Lo que no se indica es si la persona trabajadora emite información errónea la política de prevención sería ineficaz, y no se ha contemplado una cláusula de exoneración empresarial. Para que se pueda realizar una evaluación presencial se requiere consentimiento del titular del domicilio y la realización del informe en casos especiales que se entregará a la persona trabajadora y a las y los delegados de prevención.

Se celebra la presentación el 23 de febrero de 2023 de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 (en adelante Estrategia). Se ha tenido en cuenta para su elaboración el Marco Estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo. Acuerdo que se alcanzó en el marco del Diálogo Social, con la patronal y los Sindicatos. Los pilares fundamentales de esta Estrategia son la prevención y la colaboración. Se pretende actualizar la LPRL para una mejora de la prevención.<sup>1409</sup>

También se da relevancia a la perspectiva de género en la valoración de los riesgos laborales y para una prevención integral se debe poner el foco también en los riesgos psicosociales. Se afrontan retos que son los que también ha analizado esta tesis como las nuevas tecnologías, la mayor esperanza de vida de las personas y por ende el cuidado de

---

<sup>1408</sup> Ibidem pág. 17.

<sup>1409</sup> La Moncloa. Prensa. “Yolanda Díaz presenta la Estrategia de Seguridad y Salud Laboral, el decimoséptimo acuerdo con Diálogo Social” Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2023/230223-diaz-estrategia-seguridad-salud-trabajo.aspx> (Consulta 24 de febrero de 2023) BOE de 28 abril de 2023 Disponible en [https://boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10283](https://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10283)

la prevención de riesgos de forma íntegra en todas las franjas de edad, o el cambio climático. Se requiere proteger a las personas trabajadoras especialmente vulnerables y fortalecer el sistema de SST para posibles futuras crisis.

## **6. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Las mujeres sufren una serie de discriminaciones, fuera y dentro del mundo del trabajo en comparación con los hombres. Se recuerda que a escala internacional es uno de los ODS, exactamente el 5 y a escala europea es uno de los principios del Pilar de derechos sociales aprobado en 2017. La situación actual está irremediamente condicionada por los estragos de la COVID-19. Es relevante la importancia de los Planes de Igualdad y de los Protocolos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo.

### **6.1. Introducción**

Las trabajadoras siempre han luchado para poder reivindicar la seguridad y salud laboral. No se tiene en cuenta en el debate público. Los trabajos peligrosos se cosifican dentro las tareas masculinas como por ejemplo las minas, dejando atrás por ejemplo sector hospitales o comercio. Igualdad y salud laboral han de ir de la mano. Y no se debe olvidar lo que implica combinar trabajo doméstico no asalariado con el trabajo asalariado o dando un paso más allá las personas, normalmente mujeres que sólo realizan trabajo doméstico no remunerado.<sup>1410</sup>

Las mujeres y hombres tienen riesgos sanitarios diferentes y así se debe considerar, las estadísticas, la investigación médica y los indicadores de seguridad y sanidad van orientados al sector masculino. Habría que poner el acento en la prevención de riesgos para proteger enfermedades crónicas que principalmente afectan a mujeres: síndrome de la fatiga crónica, fibromialgia o el cáncer de mama.

De manera singular se puede advertir que se deberían salvar las enfermedades crónicas no declaradas incapacidad de ser consideradas como ineptitudes sobrevenidas para un despido vía art. 52 del ET La negociación colectiva podría ser un buen instrumento para

---

<sup>1410</sup> LAURENT V. “¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa.” Universidad Complutense de Madrid Cuaderno *de relaciones laborales* número 14 de 1999 Pág. 139 y 144.

canalizar las enfermedades crónicas no reconocidas como discapacidad. Sin perjuicio de la conciliación de la vida familiar y laboral que ha obligado a la cobertura ficticia de ausencias mediante las bajas médicas.<sup>1411</sup>

Una medida de prevención de riesgos de riesgos podría ser el horario flexible, principalmente para las trabajadoras que por su estado de salud deban ir al médico con frecuencia o a sesiones de fisioterapia o en los peores momentos de la enfermedad. Se prioriza la eficacia a la presencia<sup>1412</sup>. Se debería tener en cuenta tanto en negociación colectiva como por parte de las empresas que las trabajadoras con fibromialgia o síndrome de fatiga crónica necesitan más tiempo para realizar las actividades, lo que no quieren decir que las hagan peor. La fórmula del teletrabajo podría ser apropiada para este tipo de enfermedades crónicas.

Sea como fuere la normativa de prevención de riesgos laborales en las mujeres se ha centrado en la función reproductiva: embarazo, puerperio y lactancia. Así en concreto se protege el contacto con agentes químicos, físicos y biológicos. Dentro del deber de la empresa de proteger los riesgos laborales se realizan medidas en todo aquello que pueda amenazar la salud de la mujer embarazada, el feto o lactante. Sí se va produciendo un giro de género, más allá de la función reproductiva de las mujeres trabajadoras. A esto ayuda el derecho antidiscriminatorio de la normativa de la Unión Europea y la clara evidencia del androcentrismo en la investigación y tratamientos médicos.<sup>1413</sup>

En efecto, normativa que incluya la perspectiva de género principalmente se produce en el momento de la entrada en vigor de la LO 3/2007. Con anterioridad se puede encontrar el RD 487/1997<sup>1414</sup>. Se tiene en cuenta en el sentido de que por ejemplo en general las mujeres tienen por regla general, no siempre, menos fuerza en la capacidad de levantar

---

<sup>1411</sup> RIVAS VALLEJO. P. “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple” en *Revista de Derecho Social* núm. 54 de 2011. Pág. 92 a 114.

<sup>1412</sup> IDEM.

<sup>1413</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género op. cit Pág.778 a 785.

<sup>1414</sup> RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorso lumbares, para los trabajadores. (BOE de 23 de abril de 1997). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-8670>

fuerza en un levantamiento. En aquellos casos que la mujer esté embarazada deberían dejar de manejar cargas.<sup>1415</sup>

Como ya se ha indicado en este trabajo de investigación el artículo 27 de la LO 3/2007 sobre la integración del principio de igualdad en la política de la salud, dónde se incluye la salud laboral. También es clave la disposición final 12 que introduce el artículo 5.4 de la LPRL dónde se exige los factores de riesgo ligados al sexo en la política de prevención. Destacable el artículo 46.2, en relación con los planes de igualdad, ya que se indica expresamente la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

El RD Ley 6/2019, de 1 de marzo<sup>1416</sup> incorporó cambios en los planes de igualdad, ya que estableció la obligatoriedad de que todas las empresas con 50 o más personas trabajadoras elaboraran y aplicaran un plan de igualdad. Con anterioridad la obligación sólo existía en las empresas de más de 250 personas trabajadoras.

Se debe poner de relieve que el INSHT en sus normas de prevención constata que existen diferencias anatómicas, fisiológicas, antropométricas y diferente grado de exposición a los riesgos. De esta forma se definen diferentes niveles de exposición a agentes lesivos, la incidencia según sexo, y el diseño de las medidas preventivas desde la óptica de la eficacia. Sobre todo, se inciden en los riesgos causados por agentes químicos, físicos, carga física del trabajo, condiciones ambientales del lugar de trabajo o de naturaleza psicosocial.<sup>1417</sup>

## **6.2. Embarazo, maternidad y lactancia**

Es el artículo 26 de la LPRL el que regula “*la protección a la maternidad*”. El deber de protección de la empresa frente a los estados correspondientes a la función reproductiva. Este artículo supuso la transposición al Derecho español de la Directiva 92/85/CEE del

---

<sup>1415</sup> Vid. CC.OO Castilla y León, Gabinete Regional de Seguridad y Salud Laboral. “RD 487/1997 disposiciones mínimas de SST relativas a la manipulación de cargas.” Pág. 67 y 68.

<sup>1416</sup> RD Ley 6/2019, de de marzo, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación. (BOE 7 de marzo de 2019) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3244>

<sup>1417</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género op. cit Pág.778 a 785.

Consejo<sup>1418</sup>. A pesar de esta transposición en sus inicios no se contemplaban todos los supuestos que se señalaban en la mencionada Directiva. Respecto a las licencias y a la protección social de la trabajadora se regula en el ET y en la LGSS, que sufren sendas modificaciones por la Ley 39/1999<sup>1419</sup> y LO 3/2007.

La Directiva mencionada en el párrafo anterior incluía dos Anexos, listas no exhaustivas de agentes considerados lesivos para el embarazo o la lactancia. Se incorporaron al ordenamiento español mediante el RD 298/2009<sup>1420</sup>. El primer anexo se refiere a las agentes, procedimientos o condiciones de trabajo por ejemplo frío o calor extremo o el ruido. El segundo anexo señala agentes y condiciones de trabajo la presencia de las cuales determinaría una prohibición de exposición, un ejemplo muy clarificador son los trabajos de minería subterráneos.

Es decir, en los casos del anexo II no se podría forzar a la trabajadora a la adaptación provisional de las condiciones de trabajo y del tiempo de trabajo de la trabajadora. Lo que procedería sería movilidad o activar la suspensión del contrato de trabajo, procedería una modificación del sistema recogido en el artículo 26 LPRL. De esta forma no coincidirían en la duración el artículo 26.3 de la LPRL y la suspensión por riesgo por lactancia del artículo 45.1 e) del ET.<sup>1421</sup>

La prestación económica por riesgo durante el embarazo cubre esta necesidad, se percibe el 100% de la base reguladora y se considera contingencia profesional.<sup>1422</sup>

---

<sup>1418</sup> Directiva 92/1985/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la SST de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (DOUE 28 de noviembre de 1992) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31992L0085>

<sup>1419</sup> Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE del 6 de noviembre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-21568>

<sup>1420</sup> RD 298/2009 de 6 de marzo, por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la SST de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. (BOE de 7 de marzo) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-3905>. Se incorporaron como anexos VII y VIII, del RD 39/1997.

<sup>1421</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género op. cit Pág. 771.

<sup>1422</sup> Se inicia el día que se suspende el contrato de trabajo, art. 45 del ET y finaliza el día del parto de la mujer embarazada, se mantiene la imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible (artículo 135 LGSS). BUSCAR ARTICLE EN LA LGSS. Subsidio creado por la Ley 39/1999 y con posterioridad modificado por la LO3/2007.

También a partir de la LO 3/2007 se incluye el subsidio por riesgo durante la lactancia de un menor de nueve meses. Con la misma regulación jurídica que el subsidio por riesgo por el embarazo.<sup>1423</sup> En base al artículo 14 de la LPRL las medidas previstas hacia la mujer lactante (modificación de las condiciones del puesto y/o tiempo de trabajo y movilidad funcional de la trabajadora) deberán durar el tiempo necesario que se prolongue la situación de lactancia o la exposición al riesgo.<sup>1424</sup>

Derivado de esta normativa en el momento de que los técnicos en prevención de riesgos laborales realicen la evaluación de riesgos deberán tener en cuenta no sólo los criterios generales sino los específicos riesgos para las situaciones de embarazo y lactancia de las trabajadoras.<sup>1425</sup> En las “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo” se pueden distinguir los factores de riesgo, sus consecuencias, medidas preventivas aplicables a agentes relevantes para la evaluación de riesgos para la maternidad y lista de tareas con alto riesgo. En este sentido la STS de 3 de abril de 2018<sup>1426</sup> indica que se considera acreditada la existencia de riesgo para la lactancia por la imposibilidad del cambio o adaptación del puesto de trabajo.

En la sentencia señalada en el párrafo anterior se parte de un informe sobre los riesgos y funciones del puesto de la trabajadora dónde se señala que no cabe adaptación del puesto ni traslado a otro distinto. Sí que aporta solución para la extracción de leche materna para hacer compatible la lactancia y las funciones del puesto de trabajo, la empresa no llevó a cabo estas actuaciones. Hace mención la resolución a sentencias de relevancia como la STS de 24 de abril de 2012, reiterada por la STS de 21 de junio de 2012 y 22 de noviembre de 2012. El riesgo sí se puede dar cuando hay una inadecuación de los horarios de trabajo con los períodos regulares de alimentación del lactante.

---

<sup>1423</sup> Se modificaron los artículos 45.d y 48.5 del ET y en el TRLGSS se añade un Título II, un nuevo capítulo IV quinquies, bajo la rúbrica “Riesgo durante la lactancia natural” actuales artículo 186 y 187 LGSS. Advertir que no es mucho tiempo si se ha disfrutado del permiso por nacimiento y de más corta duración si es parto múltiple.

<sup>1424</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A. “Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica diferencial de sexo y género op. cit Pág. 776.

<sup>1425</sup> INSST. “Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo”. Año 2011 Disponible en <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/directrices-para-la-evaluacion-de-riesgos-y-proteccion-de-la-maternidad-en-el-trabajo>

<sup>1426</sup> STS de 3 de abril de 2018. Sentencia 353/2018. Disponible en



En efecto, el riesgo subsiste siempre que la toma directa no puede solucionarse con la extracción de leche. En los casos de las sentencias citadas se daba la circunstancia de que en aquellos supuestos el lugar dónde se desarrollaba la prestación de servicios impedía la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones). Además, se añade que se debería acreditar que la extracción fuera método no aconsejable para la salud de la madre o el lactante.<sup>1427</sup>

### **6.3. Prevención. Acoso sexual**

Los colectivos más vulnerables a sufrir acoso sexual son las mujeres divorciadas o separadas, mujeres jóvenes y las que se incorporan por primera vez al mundo del trabajo, las mujeres con contratos precarios, las mujeres incapacitadas, mujeres de minorías raciales y hombres jóvenes. En este sentido debe tenerse en cuenta la STSJ de Galicia (social) de 29 de abril de 2005<sup>1428</sup> aborda el acoso sexual en parejas del mismo sexo, en el caso masculino. En autos aparecían explicados los requisitos de una ofensa en sentido objetivo y una ofensa en sentido subjetivo y además el componente sexual.

Por lo que dados estos requisitos no se permitiría excluir el acoso sexual. No se habían establecido por parte de las empresas medidas de acoso sexual y en su caso sanción. Es de destacar que en el momento de fijar la indemnización por despido en violación de derechos fundamentales se incrementa la cuantía por la falta de formación de los directivos sobre prevención del acoso sexual.

Más reciente la STSJ de Murcia de 8 de marzo de 2022<sup>1429</sup> en el que se produce una situación de acoso sexual del empresario a la trabajadora. Se llegó a producir según relata la sentencia el tocamiento del trasero de la actora. Se produjo el cese de la

---

<sup>1427</sup> En la evaluación de riesgos establecida en el artículo 16 de la LPRL se debe “*comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad de presentar un riesgo específico*”.

<sup>1428</sup> TSJG. Resolución de 29 de abril de 2005 Fundamento de derecho décimo. Número de recurso 1507/2005. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f044adb289eda2d6/20050630>

<sup>1429</sup> TSJ de la Región de Murcia, Sentencia de 8 de marzo de 2022, 267/2022

relación laboral de la trabajadora por no aceptar las proposiciones de su jefe. Se le indicó a la trabajadora *“que próximamente iba a ver cambios en la empresa, que estaba muy contento con el desarrollo de su trabajo, pero que se tenía que ir pensando qué es lo que quería hacer para conservar su empleo”*. Se declara nulo el despido por vulneración a la libertad sexual.

La LO 3/2007 define el acoso sexual y acoso por razón de sexo como:

*“Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”*

*“Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”*

Además de definir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo modificó el artículo 4.2e) del ET para considerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como conductas discriminatorias. La obligación de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo no recae sólo sobre el empresario, las y los representantes de los trabajadores que deberán informar y concienciar sobre su prevención e informar a la empresa de las conductas o comportamientos que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos (art. 48.2 LO 3/2007).

El artículo 48.1 párrafo 1º de la LO 3/2007 regula la obligación de las y los empresarios de prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y el artículo 8.13 bis del TRLISOS lo que tipifica no es la prevención sino la falta de actuación una vez producido el acoso: *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma “artículo 13.bis “el acoso por razón ...y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial,*

*cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo*”<sup>1430</sup>

En todo caso, no se modificó la LPRL para incluir la prevención del acoso sexual y por razón de sexo entre las obligaciones empresariales en materia preventiva. Si se entiende implícita la obligación en el momento que las administraciones públicas a través de sus servicios de salud considerarán el acoso sexual y acoso por razón de sexo en la promoción, protección y mejora de la salud laboral.<sup>1431</sup> Los convenios colectivos negociados entre empresarios y trabajadores cuentan son también un buen instrumento para implantar medidas de prevención.

En todo caso se regula la posibilidad de que en los planes de igualdad haya medidas encaminadas a prevenir el acoso sexual y acoso por razón de sexo, por ejemplo: elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, campañas informativas o acciones de formación. En efecto, el artículo 54.2g) del ET (artículo que tipifica las causas constitutivas de despido disciplinario) regula como incumplimiento grave y culpable del trabajador el acoso sexual o acoso por razón de sexo al empresario o personas que trabajan en la empresa.

Se destaca también de la LO 3/2007, (en adelante LOI) el artículo 14 dónde se declara un mandato a los poderes públicos para adoptar medidas contra el acoso sexual y acoso por razón de sexo. También el artículo 27.3c) de la LOI ya mencionado en esta tesis dónde se establece que los Servicios de Salud y órganos competentes de la administración pública también lo tomarán en consideración y mejorarán la salud laboral. De importancia la disposición adicional octava de la LOI que añade el artículo 18.9 para que entre las actuaciones sanitarias del sistema de salud figure la protección, promoción y mejora de *la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y acoso por razón de sexo.*

---

<sup>1430</sup> ARETA MARTÍNEZ, M. “Comentarios al artículo 7 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Acoso sexual y acoso por razón de sexo” en Editorial Aranzadi, S.A.U *Grandes Tratados. Comentarios a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.* Comayo de 2008 Pág. 4.

<sup>1431</sup> ARETA MARTÍNEZ, M. “Comentarios al artículo 48 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Acoso sexual y acoso por razón de sexo. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y e acoso por razón de sexo en el trabajo” en Editorial Aranzadi, S.A.U *Grandes Tratados. Comentarios a la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.* mayo de 2008 Pág. 1.

En todo caso, los artículos 51.e) de la LOI y el artículo 62 prevén la aprobación de un protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual en la administración pública, como medida de protección. “*Las empresas públicas negociarán con la representación legal de trabajadores un protocolo de actuación...*” En la empresa privada estas medidas se orientan instrumentos negociadores como los códigos de buenas prácticas o planes de igualdad, en la administración pública se introducen a través de protocolos de actuación. El mismo artículo 62 regula los principios del protocolo de actuación. El contenido deberá incluir medidas preventivas como paliativas. Se tipifica como falta muy grave en el art. 95.2 del EBEP el acoso sexual en el régimen disciplinario. “*toda actuación que suponga discriminación por...acoso moral, sexual, y por razón de sexo*”<sup>1432</sup>

Sea como fuere como manifiesta CASTRO la LOI no fue un gran avance en materia de PRL por limitarse al ámbito de las políticas públicas, la prevención del acoso queda en manos de la negociación colectiva, y no hay una coordinación clara entre obligaciones del empresario en relación con evitar el acoso sexual y por razón de sexo con la política de prevención de riesgos.<sup>1433</sup>

En España sólo se denuncian el 8% de los casos de acoso sexual, el número de denuncias falsas es ínfimo comparado con la realidad existente. Además, lo alarmante como indica es que sólo el 8% de las empresas españolas tienen implantado el Plan de Igualdad. Y además es práctica habitual que se sí se realizan sea como un trámite más para cumplir la legislación que por un proceso de integración en la dinámica organizacional. El acoso sexual como la violencia de género son el resultado de una cultura patriarcal que crea una diferencia de poder entre hombre y mujer y que tiende a

---

<sup>1432</sup> Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE de 31 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11719>

<sup>1433</sup>CASTRO TRANCON, N. “Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género” en Facultad de Relaciones Laborales y Trabajo Social (Campus Bizkaia) de la Universidad del País Vasco *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak* núm. 44 278-308.

legitimar este tipo de actos. El hombre también podría ser víctima, aunque debe mantenerse una perspectiva de género a la hora de abordar estos temas.<sup>1434</sup>

En base al artículo 48 de la LO 3/2007, artículo 14 de la Ley 31/1995 y RD 901/2020<sup>1435</sup> se evidencia que toda empresa, independientemente de su número de personas trabajadoras, tiene obligación de adoptar previa negociación con la representación legal de las personas trabajadoras un protocolo para prevenir y actuar frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo. En el Criterio técnico 69/2009 sobre Acoso y Violencia en el Trabajo y 104/2021 sobre actuaciones de la ITSS en Riesgos Psicosociales se refuerza la consideración de acoso como conducta a sancionar más allá del tipo del artículo 8.13 y artículo 8.13 bis de la LISOS. Según artículo 46. 2 de la LOI y 7 del Real Decreto 901/2020 el Protocolo frente al acoso sexual y por razón de sexo formarán parte de la negociación del plan de igualdad.

El artículo 48 de la LOI se desarrolló por el RD 901/2020 dónde se señala expresamente, art. 2.1:

*“todas las empresas comprendidas en el artículo 1.2 del ET, con independencia del número de personas trabajadoras en plantilla, deben promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto de este”*

En este contexto hay que referenciar la reciente aprobación de la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.<sup>1436</sup>

---

<sup>1434</sup>RAMON SÁNCHEZ, M, TORRES LÓPEZ, J, RODRÍGUEZ MUÑOZ, A. “La gestión del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en las empresas españolas. Una propuesta de mejora de los protocolos existentes” en CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social 458 mayo 2021 Pág. 9, 18 y 21.

<sup>1435</sup> RD 901/2020 de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010 de 28 de mayo sobre registro y depósito de convenios y y acuerdos colectivos de trabajo. (BOE de 14 de octubre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-12214>

<sup>1436</sup> LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE de 7 de septiembre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

#### 6.4. Breve apunte al permiso menstrual

Se contempla por parte del Gobierno la modificación de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>1437</sup>, dónde se incluye un derecho que se vincula al ciclo menstrual. La definición de salud menstrual incluida en el proyecto es: *“El estado integral de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia, en relación con el ciclo menstrual”*. Se trataría de un subsidio sometido a prescripción médica: *“menstruación incapacitante secundaria: situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada”*.

En fecha reciente, es decir el 1 de marzo de 2023, ha sido publicada en el BOE la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.<sup>1438</sup> La definición de salud menstrual mantenida en el proyecto se mantiene, se puede añadir: *“por gestión menstrual se entenderá la manera en que las mujeres deciden abordar su ciclo menstrual, pudiendo servirse para tal gestión de diversos productos menstruales, tales como compresas, tampones, copas menstruales y artículos similares”* que se incluiría en las definiciones del artículo 2. Por lo que respecta a la definición de menstruación incapacitante secundaria es la misma que indicaba en el proyecto y transcrita en el anterior apartado.

Es el artículo 5 ter de la LO 1/2023 el que se refiere a *“Medidas en el ámbito laboral y de la duración de la Seguridad Social sobre la salud durante la menstruación”*. Prescribe que a fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo se establece el reconocimiento a las mujeres con mesntruciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de IT en los términos establecidos en la LGSS. La medida

---

<sup>1437</sup> Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Vid: <https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/anteproyecto-lo-salud-sexual-reproductiva-interrup.aspx>

<sup>1438</sup> LO 1/2003, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interropción voluntaria del embarazo. (BOE 1 de marzo) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5364>

queda regulada en la disposición final tercera de la LO 1/2023 por la queda modificado el artículo 144.4 de la LGSS, su entrada en vigor será el 1 de junio de 2023. La duración sería ilimitada y sin necesidad de carencia de cotización previa. La obligación de cotizar por parte de la empresa continuaría en esta suspensión del contrato. Sí se indica que las empresas tendrán derecho a una reducción del 75% de las cuotas empresariales a la seguridad social por contingencias comunes durante la situación de IT de los trabajadores que hubiesen cumplido la edad de 62 años.

En suma, el subsidio se empezaría a percibir desde el primer día y no se exige período mínimo de cotización. Se modifica el Texto Refundido de la Ley General de seguridad social en los artículos 172 a) primer párrafo y el artículo 173.1 párrafo tercero y cuarto y 173.2 párrafo segundo. También quedaría modificada la Ley sobre funcionarios civiles del Estado, el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, el Reglamento General de Seguridad Social de las Fuerzas Armada y el Reglamento del Mutualismo Judicia. Por la asimilación en prestaciones entre RETA y régimen general quedarían también protegidas las trabajadoras incluidas en el RETA a raíz de la Ley 20/2007 de 11 de julio.<sup>1439</sup>.. En estos términos se transcribe por su relevancia el segundo y tercer párrafo del nuevo artículo 169.1 a).

*“Tendrán la consideración de situaciones especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes aquella en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria, así como la debida a la interrupción del embarazo, sea o no voluntaria, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales”*

*También se considera la situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer a partir de la trigésima novena de semana.”*

---

<sup>1439</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo. (BOE de 12 de julio). Artículo 26. disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

Esta modificación legal convierte a España en pionera en la Unión Europea en reconocer un permiso similar. Con anterioridad había habido ya regulaciones convencionales como en el Ayuntamiento de Girona. Aquí se contempla un permiso retribuido al mes recuperable de ocho horas para las mujeres que sufren dismenorrea. Sí se podía y se puede acudir al subsidio de incapacidad temporal, no obstante, no se acudía por miedo, por el tabú que representaba. Temor para no ser escuchadas, a que no se valorará su dolor, a represalias, a que fuese un obstáculo a la promoción profesional o sesgos incluso en los propios facultativos.<sup>1440</sup>

Una diferencia sustancial con el régimen de la incapacidad temporal es el no exigir período previo de cotización para poder percibir el subsidio, y además que se empezaría a percibir desde el primer día no desde el cuarto. Es una dolencia que ya de por sí tiene un sesgo de género, que se repite mensualmente y que además suponía una reducción de la remuneración mensual al no empezar a percibir el subsidio hasta el cuarto día.

Sí que habría en esta nueva regulación una diferencia con otras enfermedades crónicas. No está de más recordar el avance de la derogación del artículo 52 c) del ET. Se podría dar un paso más y extender el derecho del régimen jurídico del permiso menstrual a este tipo de enfermedades. No obstante, la regulación en perspectiva de género se tiene que elogiar y que desde esta tesis se defiende y no se debería considerar un estigma laboral

Se pone de relieve, que también cabe mirar hacia las y los pacientes con enfermedades crónicas. Una medida para evitar el posible estigma laboral de este nuevo subsidio la nulidad del despido a las mujeres que hayan hecho uso del permiso, esto necesitaría una modificación del ET. La calificación de nulidad se falla en la sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019.<sup>1441</sup> En la sentencia se argumenta que no se está ante una mera enfermedad sino ante una discapacidad. El cáncer de útero no tiene una finalización a corto plazo, al contrario. La demandante en el momento del despido se encontraba en situación de discapacidad según Directiva 2000/78/CE del Consejo. Sin perder de vista que es una patología femenina, por lo que se debe enjuiciar con perspectiva de género.

---

<sup>1440</sup> NIETO ROJAS, P. “El permiso menstrual en la ley de derechos sexuales y reproductivos” El País. Agenda Pública Disponible en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17990/permiso-menstrual-ley-derechos-sexuales-reproductivos> (Consulta mayo 2022)

<sup>1441</sup> STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019 núm. Resolución 45/2019 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/072c80303541bbb8/20190204>



## 6.5. Mención a la LO de garantía integral de la Libertad sexual.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (en adelante LO 10/2022) <sup>1442</sup> tiene como objetivo la prevención a las violencias sexuales, muy en línea con el Convenio 190 de la OIT. El fundamento es que se parte de un problema social y estructural que se debe abordar como una cuestión de estado. En base a la nueva redacción del Título VIII del Libro II del Código Penal (que da nueva redacción la disposición final cuarta de la LO 10/2022) se consideran violencias sexuales: “*los actos de naturaleza sexual no consentidos o que se condicionan al libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena*” y los demás delitos previstos en el título VIII del libro II del Código Penal.

Se considera también violencias sexuales las que se comprendan en el ámbito digital, com por ejemplo la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos. Quedaría también incluido el feminicidio sexual como la agresión más grave de los derechos humanos que se vincula a las violencias sexuales. La norma se aplicará a las mujeres, niñas y niños víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, o aunque estén en el extranjero siempre que sean de nacionalidad española.

Se destacan como más representativos los siguientes artículos: Los artículos 12 y 16.2 de la LO 10/2022 expresan las obligaciones de las empresas en el ámbito de la prevención y detección de violencias sexuales. Des esta forma estarían obligadas a promover las condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo sobre todo en lo que hace referencia al acoso sexual y acoso por razón de sexo dentro del ámbito del artículo 48 de la LO 3/2007 de 22 de marzo. También las empresas deben arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar resolución a las noticias con la colaboración de los representantes de trabajadores y trabajadoras, promover la sensibilización y formación para que no se produzcan violencias sexuales.

---

<sup>1442</sup> LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. (BOE 7 de septiembre) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>

De suma importancia es la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo que están ocupadas por trabajadoras dónde se debe tener en cuenta la violencia sexual y informar a las y los trabajadores. El cumplimiento de las obligaciones empresariales conllevará el distintivo de “Empresa por una sociedad libre de violencia de género”. Es el artículo 16 el que señala la obligación de las empresas de integrar la perspectiva de género en la organización del centro de trabajo para que sean seguros y accesibles. El artículo 16 pone de manifiesto que las víctimas de violencias sexuales que según la Ley de extranjería estén en situación administrativa irregular tendrán los derechos reconocidos en la Ley 10/2022.<sup>1443</sup>

Como manifiesta MONEREO se trataba de una legislación necesaria que atendía a un problema estructural. Hay una interconexión entre todas las medidas propuestas por la Ley. Se sigue que la acreditación de la violencia sexual en el artículo 37 se podrá realizar por: Informe de los Servicios Sociales, servicios sociales en igualdad y contra la violencia de género, los servicios de acogida o la ITSS, por sentencia del orden social o por cualquier otro título que esté previsto en las normas de carácter sectorial y los documentos sanitarios oficiales de comunicación a la Fiscalía u órgano judicial en caso de víctimas de menor edad.<sup>1444</sup>

En lo que respecta a la asistencia sanitaria las medidas de más calado son las que están en relación con la detección e intervención en el ámbito sanitario (artículo 20) y socio sanitario y de servicios sociales (art.21). La disposición final novena modifica la LO 1/2004 de 28 de diciembre, dónde se incorpora un nuevo artículo 19bis. El sistema Público de Salud garantizará a las mujeres víctimas de violencia de género, y a sus hijos e hijas, el derecho a una atención sanitaria (especial atención psicológica y psiquiátrica) y el seguimiento de la evolución de su estado de salud hasta su recuperación.

También se contará con psicólogos infantiles para la atención de los hijos e hijas. Se pondrá también especial énfasis en las mujeres con discapacidad, problemas de salud

---

<sup>1443</sup> CEF Laboral Social Cuestiones sociolaborales de la LO de garantía integral de la libertad sexual. Disponible en <https://www.laboral-social.com/victimas-violencias-sexuales-cuestiones-laborales-seguridad-social-ley-organica-libertad-sexual.html> (consultada octubre 2022)

<sup>1444</sup> MONEREO PÉREZ, JL RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Las medidas de seguridad social y otros instrumentos de protección social en la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí). Editorial Laborum. *Revista de derecho de la seguridad social*. Número 33 (4º trimestre 2022). Pág. 18

mental u adicciones. Advierte MONEREO que el derecho se dirige a las víctimas de violencia de género y situaciones de violencia de contra la mujer sin hacer referencia a la violencia sexual.<sup>1445</sup> Se hace efectivo con la Ley el valor de la dignidad humana com el eje del sistema de derechos y libertades fundamentales. Se desarrolla para las violencias sexuales todos los aspectos preventivos, de atención, sanción, especialización o asistencia integral, que estaban vigentes para otras violencias no contaban con medidas específicas para abordar de forma adecuada las violencias sexuales. Además, se contempla el sistema de reparación a las víctimas<sup>1446</sup>

## **7. ESTRATEGIA CATALANA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL 2021-2026**

Se hace mención en este apartado a la Estrategia Catalana de Seguridad y Salud Laboral de Cataluña (ECSSL) por su importancia y relieve en esta CCAA. Se aprobó en el marco de la Comisión de Seguridad y Salud Laboral del Consejo de Relaciones Laborales (Departament d'Empresa i Treball). Su antecedente es su predecesora del 2015-2020 y en línea con la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, Estrategia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo y la Agenda 2030.

### **7.1. Introducción**

En su presentación el 22 de febrero de 2022 se enfatizó en el dialogo social y la mejora de los recursos destinados a la promoción de la seguridad y salud en el trabajo. Sin perjuicio de tener en cuenta las enfermedades profesionales, los cambios demográficos, los trastornos musculo esqueléticos. También se hace hincapié en los riesgos psicosociales (asociados en ocasiones al hecho de trabajar muy rápido en poco tiempo). Como nueva forma de organización del trabajo se incluye el teletrabajo dónde se ha de incidir en especial en la desconexión para favorecer el descanso.<sup>1447</sup>

---

<sup>1445</sup>Pág. 24 MONEREO PÉREZ, JL RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Las medidas de seguridad social y otros instrumentos de protección social en la LO 10/2022, de garantía integral de la libertada sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí). Op. Cit pág. 24

<sup>1446</sup> MONEREO PÉREZ, JL RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Las medidas de seguridad social y otros instrumentos de protección social en la LO 10/2022, de garantía integral de la libertada sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí). Op. Cit. Pág. 26

<sup>1447</sup> Vid. Vídeo de presentació: <https://www.youtube.com/watch?v=EhbE0cHWeY>

Las principales necesidades que a las que se debe hacer frente son:” *la mejora de la gestión y cualidad en materia de PRL, reducción de la siniestralidad laboral, la mejora de las condiciones de trabajo, el fomento de la cultura preventiva, el impulso y la mejora cualitativa de la formación en materia de prevención, la promoción de la salud y de los hábitos saludables en el trabajo, la investigación de riesgos más destacados y emergentes, la mejora de los sistemas de información relacionados con el trabajo, la mejora de la coordinación y participación de los agentes implicados en la seguridad y salud laboral y la inclusión de la perspectiva de género en todas las actividades preventivas, atención especial a colectivos vulnerables.*”<sup>1448</sup>

La Estrategia catalana de seguridad y salud laboral (ECSSL)<sup>1449</sup> viene marcada por la pandemia del Covid-19. Importante y a destacar es el estímulo del programa de recuperación europeo (Next Generation EU)<sup>1450</sup>. Cataluña también se comprometió con la comunidad internacional para contribuir a alcanzar para el año 2030 los ODS marcados globalmente.<sup>1451</sup> Los dos grandes referentes para la ECSSL 2021-2026 son la Estrategia Europea de seguridad y salud laboral, la Estrategia Española de Seguridad y Salud Laboral.

En Cataluña, es el Instituto Catalán de Seguridad y Salud Laboral (ICSSL) el encargado de coordinar los diferentes sistemas de información sobre la seguridad y salud laboral. La Ley 17/2015 en su artículo 43 obliga a incluir la perspectiva de género en los programas de seguridad y salud laboral.<sup>1452</sup> La ECSSS detalla que los datos en el

---

<sup>1448</sup> Resolución EMT/2755/2021, de 9 de septiembre por la que se dispone la publicación de la Estrategia Catalana de Seguridad y Salud Laboral 2021-2026 (DOGC de 14 de septiembre de 2021) Disponible en <https://dogc.gencat.cat/es/document-del-dogc/?documentId=910048> Relacionada con la Resolución EMT/3443/2021, de 16 de noviembre, por la que se determinan las actividades preventivas que deben desarrollar en Cataluña las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social durante el año 2022. Pág. 59.

<sup>1449</sup> Resolución EMT/2755/2021, de 9 de septiembre por la que se dispone la publicación de la Estrategia Catalana de Seguridad y Salud Laboral 2021-2026 (DOGC de 14 de septiembre de 2021) Disponible en <https://dogc.gencat.cat/es/document-del-dogc/?documentId=910048> Relacionada con la Resolución EMT/3443/2021, de 16 de noviembre, por la que se determinan las actividades preventivas que deben desarrollar en Cataluña las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social durante el año 2022.

<sup>1450</sup> Next Generation EU Plan de recuperación para la recuperación de los daños ocasionados por la pandemia <https://nexteugeneration.com>

<sup>1451</sup> Acord GOV/132/2019, de 25 de setembre, pel qual s’aprova el Pla nacional per a la implementació de l’Agenda 2030 a Catalunya. (DOGC de 27 de setembre de 2019) Disponible en <https://dogc.gencat.cat/ca/document-del-dogc/?documentId=857942>

<sup>1452</sup> Llei 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombre. (DOGC de 23 de julio de 2015) art. 43 “inclusión de la perspectiva de género en los programas de seguridad y salud laboral” Disponible en <https://dogc.gencat.cat/ca/document-del-dogc/?documentId=698967>

ámbito laboral en perspectiva de género se concluyen que las mujeres tienen una ocupación más baja, ocupan puestos de trabajo más precarios, sufren más temporalidad, tienen más jornadas reducidas o parciales entre otros agravios como más tendencia a los riesgos psicosociales.

Hombres y mujeres están expuestos a diferentes exigencias y diferentes sectores y actividades, así seis de cada diez mujeres trabajan en el sector servicio y dos de cada diez en el sector industrial. La perspectiva de género en la prevención se debe tener en cuenta que se diseñan los lugares de trabajo: organización de espacios, horarios, equipos. por sus diferencias anatómicas, fisiológicas y psicosociales en la elección de los equipos de trabajo son fundamentales.<sup>1453</sup>

Hace hincapié la ECSSS en el envejecimiento de la población trabajadora. Los problemas de salud y las enfermedades crónicas aumentan con la edad, esto no significa un descenso en el rendimiento del trabajo. Si no hay personas trabajadoras experimentadas comporta un vacío de competencias y la no transmisión de conocimientos. Es esencial crear un entorno saludable a lo largo de toda la vida activa de la persona trabajadora.

Además, se debe resaltar que el Plan nacional de juventud,<sup>1454</sup> como la Ley de políticas de juventud de Cataluña<sup>1455</sup> hacen referencia a un intervalo de edad entre 16 y 29 años, no obstante, se deja abierta la definición. El desempleo y la precariedad laboral con frecuentes entre las y los jóvenes por lo que son más vulnerables en relación con las condiciones de seguridad y salud laboral. Otro colectivo vulnerable y que destaca la Estrategia es las personas discapacitadas, las personas migrantes y las personas con diversidad funcional.

---

<sup>1453</sup> Resolución EMT/2755/2021, de 9 de septiembre por la que se dispone la publicación de la Estrategia Catalana de Seguridad y Salud Laboral 2021-2026 (DOGC de 14 de septiembre de 2021) Disponible en <https://dogc.gencat.cat/es/document-del-dogc/?documentId=910048> Relacionada con la Resolución EMT/3443/2021, de 16 de noviembre, por la que se determinan las actividades preventivas que deben desarrollar en Cataluña las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social durante el año 2022.

Pág. 59.

<sup>1454</sup> Plan Nacional de Juventud Cataluña Disponible en [https://dixit.gencat.cat/es/detalls/Noticies/validat\\_pla\\_actuacio\\_joventut\\_fixant\\_noves\\_prioritats\\_afrontar\\_efectes\\_pandemia.html](https://dixit.gencat.cat/es/detalls/Noticies/validat_pla_actuacio_joventut_fixant_noves_prioritats_afrontar_efectes_pandemia.html)

<sup>1455</sup> Llei 33/2010, d'1 d'octubre, de polítiques de Joventut (DOGC 8 octubre de 2010).

La ECSSL indica que se debe abordar en los próximos años para mejorar la prevención de riesgos en Cataluña. Como la mayor parte del tejido empresarial está conformado por pequeñas empresas, principalmente entre uno y diez trabajadoras, muchas de las acciones que se deben desarrollar deben estar enfocadas prioritariamente a estas empresas. Es lamentable que el 11% de las organizaciones preventivas no dispongan de ninguna organización preventiva (datos 2019), que 22% de las empresas hayan hecho evaluación de riesgos psicosociales o que el 30% de las empresas que dispongan de evaluación de riesgos no hayan previsto medidas preventivas. Además, una cuarta parte de las personas trabajadoras declaran no haber recibido información sobre los riesgos laborales de su puesto de trabajo ni formación sobre cómo prevenirlos<sup>1456</sup> Delante de estos lamentables datos se debe potenciar la cultura de la prevención y sobre todo la concienciación, y más después de la pandemia del COVID 19.

Se centra como eje principal la reducción de los accidentes de trabajo. Lo que sí pone de manifiesto la ECSSL es la infradeclaración de las enfermedades profesionales. Además, se observa que se comunican más las enfermedades derivadas de agentes físicos, no por ejemplo las enfermedades derivadas de agentes carcinógenos cuando si hay personas trabajadoras expuestas a lo mismo. Sin perjuicio del incremento de los trastornos osteomusculares y de salud mental relacionados con el trabajo.<sup>1457</sup>

## **7.2. Objetivos que cumplir**

Por este motivo la ECSSL establece diferentes objetivos a cumplir, uno de ellos es fomentar la cualidad en la prevención de riesgos laborales. Lo preocupante es que haya aún empresas que no dispongan de ningún servicio de prevención. La formación es clave tanto para la persona empresaria como para la persona trabajadora. Lo que ocurre en la práctica es que se convierte para la empresa en un trámite administrativo más, sin ser conscientes de su importancia. Las evaluaciones de riesgos se centran en riesgos

---

<sup>1456</sup>Resolución EMT/2755/2021, de 9 de septiembre por la que se dispone la publicación de la Estrategia Catalana de Seguridad y Salud Laboral 2021-2026 (DOGC de 14 de septiembre de 2021) Disponible en <https://dogc.gencat.cat/es/document-del-dogc/?documentId=910048> Relacionada con la Resolución EMT/3443/2021, de 16 de noviembre, por la que se determinan las actividades preventivas que deben desarrollar en Cataluña las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social durante el año 2022. Pág. 56.

<sup>1457</sup> Ibídem Pág. 57.

ergonómicos, seguridad e higiene y dónde se concentra la poca preocupación es en los riesgos psicosociales.<sup>1458</sup>

El primer objetivo implica el reto de conseguir que la totalidad de las empresas de Cataluña dispongan de una modalidad preventiva. Entre las acciones destaca el papel de los servicios de prevención y de l'Institut Català de Seguretat i Salut Laboral y de los interlocutores sociales de Catalunya. También integrar la prevención en el conjunto de todas las actividades que se realicen en la empresa, tenerla siempre presente. Es importante proporcionar apoyo y soporte técnico o campañas de información a autónomos y pymes.

Se destaca igualmente la mejora en la gestión de las actuaciones preventivas, con acciones como elaborar protocolos de vigilancia de la salud para determinados riesgos u ocupaciones. Siguiendo el objetivo transversal de la Estrategia se pone en alerta el contemplar la perspectiva de género en la gestión de la prevención a las empresas, se podrían llevar a cabo campañas de sensibilización. Hay una intención en conseguir que las empresas se coordinen, así por ejemplo analizar y mejorar los requisitos establecidos en las subcontrataciones. En esta línea se debe fomentar que las personas trabajadoras tengan una representación especializada en materia de prevención en la empresa. No es óbice que las y los trabajadores autónomos deben quedar protegidos en materia de prevención por lo que se deberán difundir instrumentos de gestión.

El segundo objetivo que se propone la ECSSS es reducir la siniestralidad laboral. Las medidas adoptadas son reducir los niveles de siniestralidad laboral por debajo de la media europea, se deberá elaborar y ejecutar entre otras acciones un plan de acción para reducir la siniestralidad. Se incide principalmente en sectores como la industria manufacturera, construcción, transporte, almacenamiento, actividades administrativas. Siguiendo lo preceptuado se debería incidir en las causas que provocan los accidentes de trabajo e investigar los accidentes mortales y muy graves.<sup>1459</sup>

Como objetivo tercero se persigue velar por una mejora continua de las condiciones de trabajo en determinados sectores de actividad, determinados riesgos y colectivos

---

<sup>1458</sup> *Ibíd*em Pág. 61.

<sup>1459</sup> *Ibíd*em Pág. 64.

específicos. Se pretende reducir la exposición por debajo de la media europea con los riesgos que más acontecen: riesgos psicosociales y riesgos ergonómicos. Los colectivos más vulnerables se centrarían en las personas de edad avanzada, mujeres, jóvenes, actividades temporales, emigrantes, personas discapacitadas o con enfermedades crónicas o mentales.

Respecto al trabajo a distancia se necesita trabajar los riesgos psicosociales, ergonómicos y organizativos. Otro aspecto para destacar y que se necesita impulsar y vigilar es la eliminación del amianto y mejorar sus prácticas preventivas. Lo mismo ocurre con la exposición de las y los trabajadores al amianto. Otro sector que se debe incidir especialmente es el sector petroquímico, especialmente en Tarragona. Sobre todo una vez pasada una pandemia es importante abordar estos riesgos y crear riesgos de buenas prácticas.

Como cuarto objetivo la ECSSS se propone promocionar la cultura de la prevención de riesgos laborales. Ser conscientes de su importancia contribuye a identificar riesgos, mejorar la evaluación de riesgos laborales y en definitiva su prevención. El quinto objetivo pretende fomentar la formación en prevención de riesgos laborales, se debe pensar que como indica el texto de la Estrategia una cuarta parte de las personas trabajadoras manifiestan que no han recibido la formación requerida de su puesto de trabajo. Se destaca especialmente los sectores con más presencia de personas trabajadoras autónomas: comercio al detalle, servicios de comidas y bebidas, construcción o transporte terrestre.

El sexto objetivo se enmarca en impulsar la promoción de la salud en el puesto de trabajo y hábitos saludables. De este modo se impulsará la adhesión al proyecto de Empresa Promotora de Salud del Pla Interdepartamental de salud pública (PISAP), mejorar las actuaciones y los instrumentos destacando las nuevas formas de trabajo y las pymes. También insta a tomar acción para desarrollar actuaciones sobre la prevención del consumo de alcohol y drogas y de los problemas relacionados con el ámbito laboral.

El séptimo y último objetivo se centra en la investigación de los riesgos emergentes, el análisis de los riesgos que son más frecuentes (riesgo ergonómico y riesgo psicosocial),



y difundir el conocimiento. El octavo objetivo se refiere a actualizar los datos contenidos en el sistema de información y seguimiento de seguridad y salud laboral. Como consecuencia conviene analizar la información sobre el análisis de las causas de daños a la salud derivados del trabajo. El último objetivo persigue mejorar las estructuras y sistemas de coordinación y de participación de los agentes implicados en la seguridad y salud laboral en Cataluña, aplicar transversalmente en todas las políticas públicas la prevención de riesgos. Como también la perspectiva de género será un objetivo transversal en todos los nueve objetivos.<sup>1460</sup>

---

<sup>1460</sup> Vid. [https://treball.gencat.cat/ca/ambits/seguretat\\_i\\_salut\\_laboral/ci/pla-govern/](https://treball.gencat.cat/ca/ambits/seguretat_i_salut_laboral/ci/pla-govern/)

## **VII. LOS RETOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD**

En este último capítulo de esta tesis una vez analizada la normativa internacional y nacional y ver en definitiva el régimen actual de la protección del derecho a la salud, conviene hacer hincapié en los retos del derecho a la salud. Ya a la largo de este trabajo de investigación se ha seguido un orden en abordar los efectos de la pandemia vivida, la irrupción de las nuevas tecnologías y la perspectiva de género en aras a una igualdad real.

Así las cosas este último capítulo se dividirá en seis apartados, es decir seis factores que encauzan la reformulación del derecho a la salud, y en especial la SST: los cambios en el trabajo producto de la digitalización y del tiempo de trabajo, la relevancia de los servicios de prevención de riesgos laborales, el cambio demográfico, la perspectiva de género, el cambio climático, y finalmente la protección de la salud en el sistema nacional de salud.

### **1. LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES Y LA JORNADA LABORAL**

Este primer apartado se centrará en la repercusión de las nuevas tecnologías en la prevención de riesgos laborales, se debería cuestionar una posible modificación de la LPRL, más concreta, más específica, en definitiva más actual. Además se verá el debate abierto hacia una reducción de la jornada laboral, las implicaciones en la salud de las personas trabajadoras.

#### **1.1. La salud y las nuevas realidades laborales**

Se va a analizar en los próximos subapartados realidades laborales de rabiosa actualidad y que su incidencia en un futuro inmediato va a ser cada vez mayor. Así las cosas los algoritmos en el ámbito laboral tienen una importancia vital desde el proceso de contratación hasta los despidos. Por lo que no se debe de perder de vista ni la prevención de los sesgos de género y discriminaciones ni el derecho a la seguridad y salud laboral. De importancia máxima son los riesgos que se generan a raíz de la utilización de TIC's entre ellos el tecnoestrés.

Sea como fuere los cambios en la prestación de trabajo han tambaleado los esquemas tradicionales. La regulación legal existente reclama una actualización dónde se contemplen las nuevas realidades laborales y el uso de las TIC's. Se pone el énfasis en este trabajo de investigación en la necesaria revisión de la LPRL y en la delimitación clara de los hechos tipificables con infracción en la LISOS.

Se desdibujan las fronteras entre la vida privada y laboral y esto es lo que se debería evitar. Los dispositivos móviles, las nuevas tecnologías facilitan la localización de la persona trabajadora en sus momentos de descanso. En los inicios del derecho del trabajo o antes de la Revolución 4.0 la persona trabajadora terminaba su jornada se iba de la empresa/ fábrica y no había más contacto hasta el día siguiente.

A pesar de la existencia de instrumentos normativos, no parece sean suficientes para alcanzar el objetivo del trabajo decente y el derecho a la salud de las personas trabajadoras. Siguiendo a LÓPEZ INSUA<sup>1461</sup>, las nuevas formas de trabajo flexible a través de nuevas tecnologías de la información, el teletrabajo, el trabajo en plataformas digitales pueden poner en riesgo la salud del trabajador (sobrecarga laboral). Se agrava la sobrecarga laboral en especial a las mujeres por ser ellas quienes mayoritariamente se encargan de las tareas del hogar y los cuidados.

### ***1.1.1. Los algoritmos en el ámbito laboral***

Una de las nuevas realidades laborales en auge es el trabajo en plataformas. Fue la Ley 9/2021 de 11 de mayo<sup>1462</sup>(implícitamente derogada por la Ley 12/2021 , de 28 de septiembre) la que reguló la consideración jurídica de esta nueva forma de trabajo como trabajo por cuenta ajena. Los métodos de cálculo matemático o algoritmos se han aplicado a las relaciones de trabajo revolucionando las prestaciones de servicios, de esta forma se pueden optimizar recursos y resultados. La crisis sanitaria aceleró la digitalización habilitando por ejemplo servicios y atención sanitaria personalizada a

---

<sup>1461</sup> LÓPEZ INSUA, BM. “Los convenios colectivos sectoriales”. AA. VV MONENREO PPÉREZ, L (Dir.), ARIAS DOMÍNGUEZ, A (Dir.) GORELL HERNÁNDEZ, J. (Dir.) VILA TIerno, F. (Dir.) *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico: aspectos laborales y de Seguridad Social*. Ed. Laborum, 2019. pp. 259-754.

<sup>1462</sup> RD Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el TRLET, aprobado por RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales (BOE de 12 de mayo de 2021), entro en vigor el 12 de agosto de 2021. Se entiende implícitamente derogada por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre (BOE de 29 de septiembre de 2021) disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15767>

distancia o garantizando la continuidad de las relaciones de trabajo a través del trabajo a distancia.

Reza el preámbulo de la Ley 12/2021<sup>1463</sup> que las ventajas positivas de estas nuevas formas de trabajo son compatibles con la finalidad del derecho del trabajo. Es decir, la función de proteger la parte más débil de la relación contractual o gestión de recursos humanos. Un mercado de trabajo centrado en las personas. Se introduce la presunción de laboralidad del trabajo en plataformas de reparto y distribución. La fórmulas de dirección algorítmica se consideran propias de la relación laboral. El hecho de tener el reconocimiento de relación laboral implica su inclusión en el ámbito subjetivo de la LPRL.

Lo que se evidencia en la Ley 12/2021<sup>1464</sup> es la falta de perspectiva de género al no incluir en su ámbito subjetivo plataformas como las plataformas de limpieza o cuidado. Tampoco se han incluido plataformas de crowdemployment o microtarefas on line como Amazon Mechanical Turk.

Lo lamentable tanto en el aspecto de necesidad de trabajo decente y estable como por la salud es la precariedad laboral existente. Y siguiendo a GINÈS una oportunidad perdida la no inclusión del derecho de información de la lógica del algoritmo a las personas trabajadoras. Sí se introduce el derecho de información a la representación legal de las personas trabajadoras: tanto del uso de los sistemas para la toma de decisiones como de los parámetros del algoritmo. Es una obligación que se impone, no limitado sólo a las plataformas digitales.<sup>1465</sup>

Como bien indica la *“Guía Práctica y Herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral”*<sup>1466</sup> la tecnología y los

---

<sup>1463</sup> Valga decir que esta Ley tuvo un precedente en la STS de 25 de septiembre de 2020 número de resolución 805/2020 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/05986cd385feff03/20201001>

<sup>1464</sup> GINÈS I FABRELLAS, A. “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “Ley Rider”. Universitat Pompeu Fabra IusLabor 2/2021 pág. 2, m 3 y 5.

<sup>1465</sup> Reglamento General de Protección de datos UE) 2016/1979 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos artículos 13, 14. 1 g y 22 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

<sup>1466</sup> Ministerio de Trabajo y economía social. “Guía práctica y herramienta sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral” . Documento elaborado por

sistemas de decisión automatizada entre otros riesgos existe el de vulneración de la seguridad y salud laboral. El objetivo es que las empresas sean “algorítmicamente responsables” con trabajo decente y socialmente responsable.

### ***1.1.2. Estrés laboral, en especial el Tecnoestrés***

Las estructuras sobre las que se asentó el derecho del trabajo van cambiando en paralelo también que los modos de relacionarlos en la sociedad. Inicialmente las relaciones laborales eran predominantemente industriales. De estas transformaciones se llega a la “Industria 4.0” o “Cuarta Revolución Industrial”. El riesgo que se debería abordar con preocupación es el tecnoestrés, la conectividad permanente a las nuevas tecnologías. La digitalización tiene su puntos positivos como la inmediatez en las comunicaciones, flexibilidad, desempeñar la prestación laboral desde cualquier lugar con conexión a internet, no obstante hay que regular los riesgos que conlleva tanto ergonómicos como psicosociales.

Se debería hacer una valoración de si la LPRL en su articulado recoge estos riesgos. Es prioritario que la empresa tenga en cuenta el derecho a la desconexión digital y la limitación del uso de las nuevas tecnologías en los tiempos de descanso. Así las cosas se requiere una mirada crítica y reflexiva sobre la normativa en prevención de riesgos en el ordenamiento jurídico español.<sup>1467</sup>

En efecto el estrés puede afectar a todas las personas trabajadoras, de todas las profesiones. El estrés tiene efectos en la salud física y mental y sobre la forma de realizar el trabajo, absentismo o productividad. De hecho siempre ha estado presente pero su incidencia se incrementa a causa de las nuevas formas de organización del trabajo y las relaciones sociolaborales.<sup>1468</sup> Los trastornos musculoesqueléticos y el estrés son de los riesgos laborales más preocupantes.

---

la Comisión de personas expertas sobre algoritmos en el ámbito laboral coordinada por Gemma Galdon Clavell e integrada adicionalmente por Anna Ginès i Fabrellas, Ana Belén Muñoz Ruiz, Javier Sánchez Monedero y Adrián Todolí Signes. Mayo 2022.

<sup>1467</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, O. “El Tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador” Universidad del País Vasco *Lan Harremanak- Revista de Relaciones Laborales*, núm. 44 de 2020, pág. 166.

<sup>1468</sup> Vid. EU-OSHA 2021 Barómetro de SST Herramienta de visualización de datos. Cultura de SST y concienciación sobre la salud. <https://visualisation.osha.europa.eu/osh-barometer/osh-outcomes-working-conditions/osh-culture/action-plan-to-prevent-stress>

El estrés laboral o *burn out* o profesional quemado. En base a lo que señala la OMS “*Síndrome resultante del estrés crónico del trabajo que no ha sido gestionado con éxito*”. Ya se ha señalado en este trabajo de investigación que en la última revisión de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11) el burn out se sitúa en el capítulo 24: “Factores que influyen en el estado de salud o el contacto con los servicios de salud” dentro de la subcategoría de “problemas asociados con el empleo y el desempleo” y es codificado como OD85: Síndrome de desgaste ocupacional.

El tecnoestrés es un concepto específico de estrés como resultado de la introducción y el uso de nuevas tecnologías. Ello significa un mal uso o adaptación para tratar con las nuevas tecnologías. En todo caso sería un desajuste entre las demandas y los recursos disponibles. Dentro de tecnoestrés se podría hablar de la tecnoansiedad, tecnofobia, tecnofatiga o tecnoadicción. Se puede dar tanto si se trabaja a distancia como si no. En España el equipo de investigación WONT Prevenció Psicosocial de la Universitat Jaume I de Castellón ha elaborado el RED-TIC para diagnosticar el tecnoestrés.<sup>1469</sup>

En la NTP 730 se detallan los antecedentes que desencadenan el tecnoestrés: las altas demandas laborales relacionadas con las TIC´s, falta de recursos tecnológicos o sociales relacionados con el trabajo. Si se valora que la NTP fue elaborada en el año 2006, se podría indicar que actualmente hay un desencadenante prevalente: la falta de desconexión digital.<sup>1470</sup>

El tecnoestrés viene también incrementado porque al finalizar la jornada laboral se sigue conectado a internet: whatsapp, correos electrónicos personales, redes sociales... lo que se podría afirmar que es un riesgo en alza y preocupante. Así, el INE 2019 estableció que el 30% de las bajas laborales se debían al estrés y “*la mitad de los encuestados puntúa su nivel de estrés de 6 puntos sobre 10*”<sup>1471</sup>

Medidas que se podrían incluir en los planes de prevención de riesgos laborales: formación sobre las TIC´s en el entorno laboral, enseñar formas de planificación del tiempo de trabajo, garantizar la efectiva desconexión digital una vez finalizada la

---

<sup>1469</sup> NTP 730: Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial. (2006).

<sup>1470</sup> MARTÍN O. Lan Harremanak, 2020, 44, pág. 170.

<sup>1471</sup> Ibidem pág. 172.

jornada laboral, fomentar las relaciones interpersonales o gestión de los correos electrónicos (sensación de pérdida de trabajo efectivo).<sup>1472</sup>

Si no se debería reflexionar sobre la posible inclusión de los nuevos riesgos psicosociales emergentes en el catálogo de enfermedades profesionales del RD 1299/2006. La jurisprudencia sí que en numerosos pronunciamientos ha incluido los riesgos de origen psicosocial en el artículo 156.3 de la LGSS, se hace eco de la presunción de laboralidad aplicable a los accidentes de trabajo. La actualización a las nuevas realidades laborales también aboca por reflexionar sobre la actualización de las enfermedades profesionales.<sup>1473</sup>

No resulta baladí señalar que la Recomendación 2003/670/CE ya aconsejaba a los Estados miembros que promoviesen “*la investigación de las enfermedades relacionadas con una actividad profesional, en particular... para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo*”.<sup>1474</sup> Hasta el momento el concepto accidente laboral independientemente de su origen da cobijo a los trastornos de origen físico como psicológico. La consecuencia principal si no se reconocen como origen profesional es tanto en la prevención de riesgos laborales como a la protección de las enfermedades ocasionadas. Si se incluyesen en el cuadro de enfermedades profesionales la consecuencia directa sería su consideración como riesgo profesional. Un gran avance para igualar tanto los riesgos de origen físico como psicosociales.

En todo caso, el tecno-estrés laboral es el resultado de factores personales y organizativos, por este motivo se resalta que es un riesgo psicosocial. Es decir, no es responsabilidad única y exclusiva de la persona trabajadora. No se pueden obviar los cambios continuos que se producen en el mercado laboral.<sup>1475</sup>

---

<sup>1472</sup> Ibidem pág. 179.

<sup>1473</sup> Ibidem pág. 180.

<sup>1474</sup> Recomendación de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (Diario Oficial de 25 de septiembre de 2003 número 238), artículo 1. 7) Disponible en

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003H0670>

<sup>1475</sup> GONZÁLEZ COBALEDA, E. “*Riesgos Psicosociales, Derechos Fundamentales y NTCl: Una perspectiva de protección diferente*” CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social número 387 de 2015 pag. 21.

## 1.2. El tiempo de trabajo y la desconexión digital

La jornada laboral y la desconexión digital van unidas en el marco de las nuevas relaciones laborales. Sobre todo con la generalización del trabajo a distancia después de la pandemia del COVID-19. Entre los factores o riesgos psicosociales que se producen en base al tiempo de trabajo se puede destacar el alargamiento de la jornada de trabajo, trabajar durante el tiempo considerado como “descanso”, uso inadecuado de la flexibilidad laboral, sobrecarga laboral (atención con la acumulación de información que suponen los emails) o sensación de soledad en el teletrabajo.

El art. 34.2 del ET prescribe que: *“mediante convenio colectivo, o en su defecto, por acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores se puede establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, o a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores....el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días y el día y la hora de la prestación del trabajo resultante de aquella”*

Se observa cómo se manifiesta la previsión de flexibilización del tiempo a favor de la parte empresarial. Lo que no ayuda al deslinde entre vida privada y laboral. El Informe del Comité Europeo de Derechos Sociales concluyó que la regulación Española no era conforme con el artículo 2.1 de la Carta de 1961. El motivo era que en el caso de regímenes de horario flexible y para determinadas categorías se podría superar las 60 horas semanales.<sup>1476</sup>

Hasta el momento no se ha modificado el ET que establece 12 horas de descanso obligatorio entre dos jornadas consecutivas y un día y medio de descanso semanal ininterrumpido acumulable a lo largo de 14 días. Si se atiende a estos límites se puede superar la semana laboral de 60 horas. Se observa siguiendo al Comité que cabría valorar este artículo si es acorde con la SST de las personas trabajadoras.

Se debe tener en cuenta el mandato constitucional del artículo 40.2: *“Los poderes públicos... garantizarán el descanso necesario mediante la limitación de la jornada*

---

<sup>1476</sup> Carta Social Europea, Comité Europeo de Derechos Sociales Conclusiones XX-3 (2014) artículos 2, 4, 5 y 6 de la Carta de 1961 y artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988 Artículo 2 Derecho a condiciones de trabajo justas. Pág. 5 Disponible en [XX-Conclusiones\\_ComiteEuropeoDerechosSociales.pdf \(s3c.es\)](#)



*laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados*". Es el artículo 34. 1 del ET el que determina un límite de jornada máxima de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, no obstante la concreción la deja en manos de la negociación colectiva.

El artículo 34. 8 del ET permite que las personas trabajadoras puedan adaptar la duración y distribución de la jornada, incluida la prestación del trabajo a distancia. Si se observa se refiere a la conciliación de hijos o hijas menores de doce años. En una sociedad que tiende a que haya una creciente población de la tercera edad, incluso familiares viviendo solos o solas, se echa en falta en la regulación esta observación.

Si se respetara el registro de la jornada de trabajo establecida en el artículo 34.9 del ET<sup>1477</sup> la conexión al trabajo tendría que desaparecer. Más difícil de controlar el registro horario en el trabajo a distancia tanto para la empresa como para la propia persona trabajadora (en los casos de trabajo dónde se valoran resultados, o existen plazos...no para todas las personas trabajadoras es fácil cumplir sus tareas en el horario previsto). Sería interesarte la modificación de este artículo con miras amplias a las nuevas realidades laborales.

Sería aconsejable tomar iniciativas como la del Grupo Telefónica para iniciar medidas hacía la desconexión digital y respeto de las horas de descanso de las personas trabajadoras. En este sentido el Grupo realiza acciones de sensibilización a sobre el buen uso de las tecnologías. La percepción y la concienciación se valora cuando consideran la desconexión digital como elemento fundamental de ordenación del tiempo de trabajo, y sobretodo protección a la salud de las personas trabajadoras.<sup>1478</sup>

Lo realmente interesante sería pasar de ser declaraciones de intenciones a obligación con responsabilidades. Y una clara concienciación de que desconectar del trabajo es protegerse de la salud, reconectar para volver a conectar. En la STS de 21 de septiembre de 2015 dónde se analiza una cláusula del contrato laboral *“las partes convienen expresamente que cualquier tipo de comunicación relativa a este contrato, a la*

---

<sup>1477</sup> Introducido por el RD Ley 8/2019, de 8 de marzo de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. (BOE núm. 61 de 12 de marzo) .

<sup>1478</sup> Posicionamiento del grupo Telefónica en relación con el derecho de los empleados a la desconexión digital en el ámbito laboral (Telfónica 2018) Disponible en [posicionamiento-global-desconexion-digital \(telefonica.com\)](https://www.telefonica.com/posicionamiento-global-desconexion-digital)

*relación laboral o al puesto de trabajo, podrá ser enviada al trabajador vía SMS o vía correo electrónico según los datos facilitados por el trabajador a efectos de trabajo”.* El fallo de la sentencia declaró la cláusula como abusiva y nula, no se podía entender que se hubiese prestado el consentimiento de una forma libre y voluntaria.<sup>1479</sup>

Como se puede observar la realidad normativa no favorece la desconexión digital, sino más bien favorece el estrés laboral vulnerando la protección a la salud. Se debe recordar lo que indica la STC 62/2007 cuando se señala que no todo riesgo o daño para la salud implica vulneración del derecho fundamental sino el que genera un peligro grave y cierto para la misma. Puede afectar al artículo 15 CE cuando la actuación u omisión de la parte empleadora tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial de perjuicio para la salud ( en el supuesto de hecho de la sentencia para la trabajadora o el feto).<sup>1480</sup>

El no respeto al obligado descanso de la persona trabajadora puede provocar consecuencias sobre el bienestar físico y psicológico. Se podría originar agotamiento, baja productividad, absentismo...en fin entraría en contradicción con el artículo 34.8 del ET que garantiza conciliación de la vida personal, familiar y laboral.<sup>1481</sup> En la STSJ de Cataluña así lo pone de manifiesto al señalar que la empresa demandada instaló un acelerómetro en los teléfonos móviles de las personas trabajadoras sección de mantenimiento, complementado con un GPS.

La empresa reconoció que no tenía la finalidad de protección individual en SST sino de control. Las personas trabajadoras debían llevar a su domicilio los dispositivos para tenerlos cargados, obligación que se concretaba dentro del período de descanso. Por lo que se incluiría dentro del ámbito de la intimidad y dignidad de las personas

---

<sup>1479</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Resolución de 21 de septiembre de 2015. Resol. 4086/2015 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<sup>1480</sup> STC 62/2007 de 27 de marzo. (BOE de 26 de abril). En el mismo sentido STC 160/2007 de 2 de julio de 2007 (BOE de 3 agosto).

<sup>1481</sup> GONZÁLEZ COBALEDA, E. “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTCI: Una perspectiva de protección diferente”. CEF, *Revista de trabajo y seguridad social*, número 387 de 2015 Pág. 31.

trabajadoras. Se entrevé un perjuicio para la salud porque se tiene que estar pendiente del dispositivo, evita la desconexión laboral y genera tensión y preocupación.<sup>1482</sup>

Las personas trabajadoras a distancia tienden a trabajar más tiempo, no sólo por requerimiento empresarial sino en ocasiones por decisión propia. Se corre el riesgo de que el tiempo utilizado en lo que podría ser el desplazamiento se utilice para trabajar. Como efectos beneficiosos se encuentra la organización del tiempo de trabajo en el rendimiento individual y de organización personal y de rendimiento. Las distracciones del día a día en el trabajo se eliminan. Lo que sí se requiere es saber organizarse y ajustar horarios para que a la larga ni el rendimiento ni la salud no se vean perjudicados.<sup>1483</sup>

No es óbice señalar que han sido las mujeres durante el período de confinamiento por la pandemia del COVID-19 las que se han encargado de las tareas de cuidados y familiares. Esto ha conllevado prolongaciones de la jornada laboral y confusión entre tiempo de trabajo a distancia. Sea como fuere tanto hombres como mujeres se pone de relieve que a mayor autonomía mayor intensidad en el trabajo. Se incrementan los daños psicosociales y ergonómicos, estrés, ansiedad, fatiga visual, trastornos musculoesqueléticos, aislamiento, etc.<sup>1484</sup>

La desconexión digital queda amparada por tanto en el ordenamiento español en dos normas: el artículo 88 de la LOPDGDG, y la Ley 10/2021 (artículo 18)<sup>1485</sup>. Son normas que se relacionan entre sí por el principio de complementariedad y especialidad. Se manifiesta la pobreza en la regulación tanto en una como en otra Ley y la arriesgada llamada a la negociación colectiva. No se garantiza el acuerdo sino hay representación colectiva formal. Tanto una norma como otra indican que la empresa debe realizar una “política interna”. El protocolo de desconexión digital se debería incluir en el plan de prevención de riesgos laborales. En definitiva sería la negociación colectiva la que

---

<sup>1482</sup> TSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2013. Resolución 3613/2013 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c926d24e371df659/20130627>

<sup>1483</sup> CAIROS BARRETO, DM. *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital* Editorial Bomarzo, Albacete, 2021 pág. 73.

<sup>1484</sup> *Ibidem*, pág. 74.

<sup>1485</sup> Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.html)

desarrollaría las modalidades de ejercicio del derecho y la política de empresa respetarlo y desarrollar los aspectos de salud laboral y sensibilización<sup>1486</sup>

Se debe hacer mención a un debate de máxima actualidad económico, social, política y sindical: la reducción de la jornada laboral. Se debe cuestionar desde la perspectiva de esta tesis doctoral sí como afectaría a la salud de las personas trabajadoras. Desde el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo está en tramitación un Proyecto de Orden por la que se establecen las Bases Regulatoras para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral.<sup>1487</sup>

En los antecedentes del Proyecto de norma manifiesta que desde la Organización para la cooperación y desarrollo económico (“OCDE”), trabajar más no significa producir más. Se ha podido comprobar que hay determinados países que trabajan menos horas y son más productivos. Se fomenta la realización de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral que puedan suponer un impulso a la productividad. La reducción de la jornada no implicaría reducción del salario. Se incorporan de forma complementaria medidas organizativas y de procesos productivos, acciones de formación.

El objetivo de la norma es principalmente el débil crecimiento de la productividad en la economía española. Se asocia la no productividad con la gestión de los factores productivos y la organización del trabajo en las empresas. Se pretende también mejorar la salud física y mental de las personas trabajadoras por las jornadas laborales excesivas, conciliación laboral y igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La emergencia climática y la pandemia del COVID 19 han acelerado la urgencia de tener en cuenta estos parámetros.

Dentro de los objetivos de la norma se señala literalmente: “*Favorecer la igualdad de oportunidades de las mujeres, asegurando una mayor flexibilidad laboral y una adecuada valorización de los trabajos de cuidados*”. Parece o da la sensación que sean

---

<sup>1486</sup> CAIROS BARRETO, DM. *Una nueva concepción del tiempo de trabajo en la era digital* Editorial Bomarzo, op cit pág. 189 y pág. 190.

<sup>1487</sup> Proyecto de Orden por la que se establecen las Bases Regulatoras para el impulso de la mejora de la productividad en pequeñas y medianas empresas industriales a través de proyectos piloto de reducción de la jornada laboral. Disponible en [https://industria.gob.es/es-es/participacion\\_publica/Paginas/DetalleParticipacionPublica.aspx?k=524](https://industria.gob.es/es-es/participacion_publica/Paginas/DetalleParticipacionPublica.aspx?k=524) (consulta junio 2022).

ellas las que deben flexibilizar la jornada y tener doble carga de trabajo con lo que supone en riesgos psicosociales. Los que se trataría es de buscar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres.

A modo de recordatorio histórico fue en España en 1919 que se implantó la jornada laboral de 8 horas<sup>1488</sup>. En 1931 también España ratificó el Convenio número 1 de la OIT por el que se limitaba a 8 horas el número de horas de trabajo diario.<sup>1489</sup> La Ley de 1931 reguló el número la jornada máxima de trabajo eliminando las confusiones de los anteriores años. Justo en 1926 Henry Ford fue quien redujo el trabajo de 6 días semanales a cinco sin reducción de salarios En España se estableció en 1983, la fijación de la jornada máxima legal en 40 horas y las vacaciones anuales mínimas en 30 días.

1490

No cabe duda que una reducción de la jornada laboral en términos de salud laboral si se mantiene la misma remuneración salarial es una medida bienvenida. Se reducirían los desplazamientos, se incrementaría el descanso, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Desde otros puntos de vista que no corresponden a este trabajo de investigación se debería analizar en términos de empleo-desempleo, economía, si pudiese haber un incremento de las horas extras, gestión del tiempo de trabajo efectivo o el absentismo entre otros. Por otro lado, España se encuentra entre los países con jornadas laborales más extensas de Europa. Sea como fuere habrá que esperar la experiencia de las pruebas piloto.

## **2. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.**

### **EXTERNALIZACIÓN**

Desde este trabajo de investigación se pone el énfasis en los servicios de prevención de riesgos laborales como punto neurálgico para reducir la siniestralidad laboral y hacer frente a los nuevos riesgos psicosociales. La necesaria concienciación de que no es una carga burocrática añadida a las múltiples que tiene la empresa sino una necesidad de

---

<sup>1488</sup> RD de 3 de abril de 1919: 8 horas de trabajo diario y 48 horas semanales.

<sup>1489</sup> Decreto de ratificación del Convenio de la OIT sobre jornada máxima de trabajo (1 de mayo de 1936).

<sup>1490</sup> Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal en cuarenta horas y de las vacaciones anuales mínimas en 30 días (BOE de 30 de junio de 1983). Quedó derogada por el RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo dónde el aprobaba el ET y se reguló en su contenido la jornada de 40 horas y las vacaciones mínimo 30 días naturales.

protección de la salud. Los servicios de prevención externos son contratados por el empresario o empresaria y este hecho desde esta tesis se percibe como que genera falta de objetividad, por el temor a que no se renueve o que no se prorrogue la contratación.

## **2.1. La no externalización de la actividad preventiva**

Es el artículo 14.2 de la LPRL el que señala que corresponde el deber de protección empresarial disponer de los medios y organización para asegurar su cumplimiento. Es la LPRL la que diseña las modalidades organizativas. Se especifica en el RSP, con las diferentes modificaciones que ha sufrido. A pesar de todas las reformas hay una clara tendencia a los servicios de externalización de prevención de riesgos laborales.

La Directiva Marco<sup>1491</sup> diseñaba la organización preventiva pero dejaba que los Estados establecieran los detalles. En base al artículo 10 del RSP las actividades preventivas se realizarán optando por las siguientes modalidades: asunción personal por parte del empresario, designación de uno o varias personas trabajadoras, constitución de un servicio de prevención propio, concierto con un servicio de prevención externo. La elección de las tres modalidades dependerá del tamaño de la empresa, los riesgos y su distribución.<sup>1492</sup>

La finalidad de los servicios de prevención es dar asesoramiento a las personas trabajadoras, sus representantes y empresarios y empresarias. El RSP se enfoca también en su papel ejecutor. Para que se pueda asumir de forma personal se debe tratar de empresas hasta diez trabajadores o hasta 25 trabajadores cuando tengan un único centro de trabajo. A tales efectos la disposición adicional 17 de la LPRL hace referencia al asesoramiento específico técnico en prevención de riesgos laborales. De esta forma se le facilitaría al empresario o empresaria el asesoramiento necesario para la organización de sus actividades preventivas.

Para que el empresario pueda asumir sus obligaciones preventivas no se puede dedicar a determinadas actividades detalladas en el Anexo I del RSP. Además el empresario o empresaria debe desarrollar de forma habitual su actividad en el centro de trabajo. Si se

---

<sup>1491</sup> Directiva 89/391 CEE de 12 de junio de 1989.

<sup>1492</sup> IGARTÚA MIRÓ, MT. *Sistema de prevención de riesgos laborales* Editorial Tecnos Madrid, 2020 pág.283.

asumiese en más de un centro de trabajo, deberían quedar asegurados los límites de adecuación y suficiencia según artículo del RSP: Por supuesto y en definitiva el empresario o empresaria debe haber recibido la formación suficiente. Como límites señalar que no: no se podrán asumir las funciones relativas a la vigilancia de la salud, está en juego la confidencialidad y dignidad de las personas trabajadoras y el sometimiento a un sistema de evaluación externa.<sup>1493</sup>

Según los artículos 30.1 de la LPRL y los artículos 12 y 13 del RSP se indica también que se pueden asumir los servicios de prevención por o una o varias personas trabajadoras. Se debe de tratar de trabajadores capacitados, es decir que tengan la capacidad suficiente a las actividades a desempeñar. La disposición adicional séptima del RSP manifiesta que el número de trabajadores designados, el tiempo y los medios de que dispongan se determinará en función del tamaño de la empresa. Las y los trabajadores designados no podrán sufrir perjuicio en base a sus actividades de prevención y protección.

Tal y como indica la STSJ de Castilla y León de 25 de febrero de 2015 confirma que las y los trabajadores designados no pueden sufrir perjuicios por las tareas que realizan. Lo que realizan es la defensa del derecho a la vida y integridad física para un amplio colectivo, no sólo para sí mismos. Se sanciona al trabajador por cumplir con sus obligaciones legales ya que la actuación del actor estuvo guiada para prevenir males mayores<sup>1494</sup>

En los casos que la elección de personas trabajadoras resulte insuficiente se preve que las y los empresarios puedan recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborarán si lo consideran necesario. (art. 31.1 de la LPRL). El RSP define el servicio de prevención propio como “ *el conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de actividades de prevención en orden a garantizar la SST de las y los trabajadores, a través del asesoramiento y la asistencia a los distintos sujetos presentes en la empresa*” (artículo

---

<sup>1493</sup> IGARTÚA MIRÓ, MT. *Sistema de prevención de riesgos laborales* op. Cit. pág.288

<sup>1494</sup> Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Resolución de 25 de febrero de 2015. Resolución 621/2015 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/eacbd45e31f31240/20150304>

10.2). Las y los trabajadores no podrían desarrollar otras tareas diferentes a las actividades de servicios de prevención de riesgos.

El RSP obliga a crear un servicio de prevención propio según número de trabajadores, actividad de la empresa, peligrosidad y siniestralidad. Así deberán tenerlo las empresas con más de quinientos trabajadores. O incluso de menor tamaño entre doscientos cincuenta y quinientos que realicen actividades especialmente peligrosas. También se obliga a disponer de un servicio de prevención propio cuando la autoridad laboral así lo disponga. Aunque la decisión administrativa sí reconocería la posibilidad de optar entre constitución del servicio de prevención y el recurso al concierto con una entidad especializada.

## **2.2. La externalización de la actividad preventiva**

La Directiva Marco preveía la externalización de los servicios de prevención, aunque de forma subsidiaria. Así se ha pronunciado el TJUE en sentencias como la del 22 de mayo de 2003: *“En su apartado 1, artículo 7 de la Directiva se impone al empresario una obligación principal que consiste en designar uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención de riesgos profesionales. En su apartado 3, dicho precepto prevé la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa. Sin embargo, esta obligación es subsidiaria con relación a la que figura en el artículo 7.1”*.<sup>1495</sup>

En la legislación española, tanto la LPRL como el el RSP se inclinan por esta forma de organización preventiva. En la intervención externa se delega, no se asume como propia la concienciación de la prevención de riesgos. También supone un ahorro de costes para la empresa lo que lleva a una generalización de la externalización. Se contempla el servicio de prevención de riesgos como un cumplimiento formal, que se aleja del día a día de la realidad de la empresa, por lo que no se cumple ni la eficacia ni la adecuación.

<sup>1496</sup>

---

<sup>1495</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de mayo de 2003 Asunto C-441/01 (Comisión v. Reino de los Países Bajos). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0441>

<sup>1496</sup> IGARTÚA MIRÓ, MT. *Sistema de prevención de riesgos laborales* op. Cit pág.305



Continuando con lo indicado, no se duda de la capacitación técnica de los técnicos de servicios de prevención ajenos. No obstante al dejarlo a esta iniciativa privada se corre el riesgo de que prime el aspecto económico. Cada empresa requiere de características concretas por lo que es necesario visitas de control y exhaustivas, sobre todo para la evaluación de riesgos. El legislador consciente finalmente de la realidad intenta que se revierta la situación creada empoderando a los servicios propios de las empresas. Sería necesario que se tuviera en cuenta en las negociaciones que se desarrollan para la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2022-2027.

Se puede destacar la Ley 54/2003<sup>1497</sup> dónde se garantiza en determinados supuestos la presencia de recursos preventivos en la empresa (en busca de la eficacia y corregir la externalización). De esta forma añade en la LPRL el artículo 32 bis “*presencia de los recursos preventivos*”. En todo caso también se debe tener en cuenta el RD 231/2017 por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral.

Si comparamos esta norma con su precededora se puede ver que se ha eliminado la autodeclaración sobre la existencia de representación de las y los trabajadores en la prevención de riesgos laborales (en concreto se elimina el art. 2.g) del RD 404/2010)<sup>1498</sup>. Hay que tener en cuenta que para el año 2022 la disposición adicional centésimo sexta prescribe que se se suspende para el año 2022 “*la reducción de las cotización por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral*”<sup>1499</sup>

---

<sup>1497</sup> Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (BOE de 13 de diciembre de 2003) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9379>. Desarrollado por el RD 604/2006 de 19 de mayo, por el que se modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y el RD 1672/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9379>

<sup>1498</sup> RD 231/2017 de 10 de marzo por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral (BOE 24 de marzo). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-3125&p=20211229&tn=>

<sup>1499</sup> Ley 22/2021, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-21653#da-106>

Para la Administración General del Estado como empleadora , el RD 67/2010<sup>1500</sup> pone de relieve potenciar los recursos propios, así se expresa el artículo 1 “*partiendo de la integración de la integración de la prevención en el conjunto de sus actividades y decisiones y la potenciación de sus recursos propios, y adecuando su contenido a sus peculiaridades organizativas y de participación del personal a su servicio*”. En el artículo 7. 2 se prescribe que se dará prioridad a la constitución de servicios propios, y *se contratarán temporalmente las actividades difíciles de asumir* por su complejidad técnica.

Advertir que no es de aplicación la LPRL (art. 2.2 del RD 67/2010) en las actividades dónde por sus particularidades no sea posible ya sea policía, seguridad, resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública, fuerzas armadas y actividades militares de la guardia civil.

También cabe poner de manifiesto la importancia de la disposición adicional segunda de la Ley 14/1994 de Empresas de Trabajo Temporal<sup>1501</sup> (LETT) modificada por la Ley 35/2010. Una de las garantías en materia preventiva que se impone en materia de actividades peligrosas para las que se liberalice la contratación, es la organización preventiva con recursos propios.

Sea como fuere es preocupante la falta de integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa. Hay una importante brecha entre los recursos internos y los servicios externos. A la hora de tomar la decisión pesa la elevada especialización en las funciones a desempeñar y una necesidad en el ahorro de costes. No obstante este ahorro es sólo a corto plazo, ya que la no prevención sólo obtiene como resultado siniestralidad laboral, absentismo y posibles bajas laborales<sup>1502</sup>

---

<sup>1500</sup> RD 67/2010 de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la AGE (BOE de 10 de febrero de 2010) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-2161>

<sup>1501</sup> Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT (BOE 2 de junio) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554>

<sup>1502</sup> IGARTÚA MIRÓ, MT. “Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios: reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)” Editores Cinca. *Documentación Laboral* núm. 88 de 2010 pág. 90.

La excesiva externalización de servicios de prevención no deja de ser alarmante, se aleja de la eficacia y adecuación buscada por la LPRL. Se reclama la priorización del sistema preventivo que no dependa únicamente de la externalización de los servicios de prevención, incluso que los servicios públicos puedan intervenir no desde un punto de vista sólo sancionador sino preventivo. Así las cosas lo que se requeriría es modificar los pilares sobre los que se sostiene la LPRL.

VELAZQUEZ, Inspector de trabajo y durante años vicepresidente de la Unión de Inspectores Progresistas (UPIT) señalaba ya en el 2013 en una entrevista: que con la crisis en ese momento se había vislumbrado que el principal problema de la prevención de riesgos laborales en España, era la excesiva externalización de los servicios existentes en España. Resalta una realidad aplastante: al subcontratar los servicios de prevención ajenos con empresas externas la empresa puede prescindir del servicio cuando tome decisiones que no le convengan (de aquí el temor que se indicaba al inicio de este apartado).<sup>1503</sup>

No se puede pretender continuar como señala RAMOS<sup>1504</sup> con el desinterés y el abandono por parte de la empresa en la prevención de riesgos laborales. La integración de la prevención “*llevar un poco más lejos la idea misma de integración*” de la empresa fue uno de los objetivos que se tuvieron en cuenta en la Ley 54/2003, y actualmente casi 20 años después sigue sin alcanzarse. La reforma de la Ley 54/2003 lo que trataba de impedir era que se externalizasen todas las obligaciones preventivas. Así de este modo pudiesen quedar atribuidas a las empresas obligaciones específicas.

Se pretendía integrar la prevención de riesgos laborales en la estructura interna empresarial, exactamente a la gestión de la empresa. Esta integración se llevaría a cabo por tres vías. En primer lugar se obliga a desarrollar una “*acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva*”, es decir realizar un seguimiento continuado de todas las actividades previstas en el plan de prevención. La idea es que no se de por

---

<sup>1503</sup> Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. Revista de Salud Laboral de ISTAS-CCOO. Número 59 15 de enero de 2013. Disponible en <https://porexperiencia.com/entrevista/lo-que-esta-fallando-en-la-prevencion-es-la-excesiva-externalizacion> (consulta junio 2022).

<sup>1504</sup> RAMOS QUINTANA. M.I. “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre” Editorial: Wolter Kluwer Relaciones Laborales: *Revista crítica de teoría y práctica* número 1 de 2005 pág. 201.

cumplida la obligación empresarial por el mero hecho de hacer un Plan de Prevención o contratar un servicio externo de prevención <sup>1505</sup>

En segundo lugar se da nuevo título al art. 16 de la Ley 31/1995 “*Plan de prevención de riesgos laborales*”. Se eleva a rango legal el deber preexistente de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. No se debería normalizar el incumplimiento empresarial. En tercer y último lugar se interioriza las obligaciones y deberes incorporándolo al sistema de gestión de la empresa en pro de la SST. Se requiere además la presencia de “*recursos preventivos*”, es decir personas con responsabilidades en materia de prevención. <sup>1506</sup>

En concreto se requieren recursos preventivos: en los supuestos de concurrencia de operaciones diversas, realización de actividades con riesgos especiales, o a requerimiento de la ITSS. Destaca RAMOS que esta medida no quedaría bien configurada, ya que se crea también la figura de las personas encargadas de coordinar las actividades preventivas. Al crear múltiples órganos de diferente naturaleza puede desequilibrar la actuación de forma unitaria y eficaz. <sup>1507</sup>

La mercantilización de los servicios de prevención tuvo su mayor evidencia en los momentos de la pandemia del coronavirus. En la Revista de Salud Laboral de ISTAS-CCOO explicaba Aurelio Martín, delegado de prevención en una empresa de ingredientes de panadería explicó como la empresa no les había dejado participar en ningún protocolo y los Servicios de Prevención les señalaron que no era necesaria una nueva evaluación de riesgos, cuando a sus espaldas se estaba realizando otra. <sup>1508</sup>

Por su parte Carmen Mancheno, Secretaria de Salud Laboral de CCOO-Madrid denunció que un Servicio de Prevención que que atendía de forma somera a las y los

---

<sup>1505</sup> Ibidem, pág. 202.

<sup>1506</sup> RAMOS QUINTANA. M.I. “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre” op. Cit pág. 203.

<sup>1507</sup> RAMOS QUINTANA. M.I. “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre” op. Cit pág. 205.

<sup>1508</sup> Ministerio de Trabajo, Migraciones, y Seguridad Social *Revista de Salud Laboral de ISTAS-CCOO* Núm. 83 de marzo de 2020 Vid. <https://porexperiencia.com/dossier/covid-19-la-mercantilizacion-de-la-prevencion-pasa-factura> (consulta junio 2022) .

trabajadores, había enviado correos informativos sobre coronavirus dónde se ofrecían para hacer una reserva para comprar test de autodiagnóstico de COVID-19.<sup>1509</sup>

La cuestión radica en que se introduce la guerra de precios en un sector como el de la prevención de riesgos. Sin perjuicio de que algunos servicios de prevención presentaron ERTES durante la pandemia, contando con menos personal. No es óbice indicar que los técnicos de prevención, trabajadores y trabajadoras expuestos a esta mercantilización, sufren cargas de estrés que repercuten en su salud y en la eficacia de su trabajo. Para el desarrollo de la actividad sanitaria se debe contemplar también el RD 843/2011 que regula los medios humanos en el ámbito sanitario, señala que ha de haber una unidad básica de salud por cada Servicio de Prevención Ajeno. En los próximos años será difícil de cumplir si no se ofrece la especialidad de salud laboral, ni el MIR ni el EIR.

### **2.3. Las Mutuas colaboradoras con la seguridad social**

A su tradicional campo de aplicación desde la Ley 31/1995 se amplió la colaboración a las Mutuas colaboradoras a la posibilidad de poder constituirse, previa acreditación por la Autoridad Laboral como servicio de prevención ajeno en favor de empresas asociadas, denominadas Sociedades de Prevención. Constituyó una situación nada fácil para el control y transparencia de la gestión interna de las Mutuas. Hubo un intento de clarificación con la aprobación del RD 688/2005<sup>1510</sup>. En cambio para los empresarios les facilitaba la gestión burocrática de tener la gestión preventiva con la misma Mutua.

El RD 38/2010<sup>1511</sup> por el que se modificó el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas estableció que las sociedades de prevención realizarían su actividad de manera independiente. Así las cosas con la Ley 35/2014<sup>1512</sup> desaparecieron las sociedades de prevención por la vía de la venta a entidades privadas (con el visto bueno de la Intervención de la Seguridad Social).

---

<sup>1509</sup> Idem.

<sup>1510</sup> RD 688/2005, de 10 de junio por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social como servicio de prevención ajeno. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2005-9877&p=20100116&tn=6>

<sup>1511</sup> RD 38/2010 de 15 de enero, por el que se modifica el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social, aprobado por RD 1993/1995 de 7 de diciembre. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-654>

<sup>1512</sup> Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-13568](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-13568)

Es el RD 860/2018 el que regula las actividades preventivas de la acción protectora de la seguridad social, a realizar por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.<sup>1513</sup> Es un desarrollo del artículo 82.3 del TRLGSS por lo que respecta a la regulación básica de las actividades preventivas que financiadas con cargo a cuotas de seguridad social deben desarrollar las Mutuas colaboradoras. Se centran principalmente en el asesoramiento a empresas asociadas y personas autónomas adheridas como programas de asesoramiento, actuaciones para el control y reducción de los ATEP o actividades de investigación, desarrollo e innovación para la reducción de las contingencias profesionales.<sup>1514</sup>

### **3. LA SALUD, SALUD LABORAL Y LA TRANSICIÓN DEMOGRÁFICA**

La esperanza de vida en las personas hace replantear tanto el sistema de relaciones laborales, el sistema de pensiones, la salud y la salud laboral. Es un reto importante para la reformulación del derecho a la salud, que es lo que se analizará en las próximas líneas. Siguiendo a RAMOS<sup>1515</sup> el envejecimiento activo sería una “*versión edulcorada*” de lo que sería entendido como una vejez de trabajo. Estamos en un momento histórico dónde las personas sí pueden aspirar a vivir muchos años. La consecuencia inmediata son las estrategias a nivel de las políticas en salud, para los sistemas de salud, su personal y su presupuesto.

#### **3.1. Salud y transición demográfica**

La OMS se hace eco de la realidad para exhortar a los Estados a qué tomen medidas que tendrán sus implicaciones en todos los sectores. Como resaltaba la Dra MARGARET CHAN, en el prefacio del Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud<sup>1516</sup>, no existe una persona mayor “típica”. No se puede asociar necesariamente sí o sí edad

---

<sup>1513</sup> RD 860/2018 el que regula las actividades preventivas de la acción protectora de la seguridad social, a realizar por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (BOE de 19 de julio) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-10065&p=20180718&tn=1>

<sup>1514</sup> Se da cumplimiento a la STC 7/2016 de 21 de enero que resuelve el conflicto de competencia 5107-2013, que se plantea por la Generalitat de Catalunya en relación a la Resolución de 13 de mayo de 2013 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social por el que se establece el plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social a aplicar por las Mutuas colaboradoras en la planificación de actividades para el 2013 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2016-1833>

<sup>1515</sup> RAMOS QUINTANA, M.I “Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio” Editorial Wolters Kluwer *Trabajo y Derecho* número 54 de 2019 pág. 1.

<sup>1516</sup> OMS. Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud. 2015.

avanzada con dependencia. También señalaba que tiene menos influencia en los gastos médicos el envejecimiento que las nuevas tecnologías médicas.

Se intenta trasladar que el envejecimiento puede verse como una nueva oportunidad. Es importante cuando una persona es mayor mantener la capacidad funcional. El objetivo sería transformar los sistemas de salud a la prestación de cuidados integrales y centrados en las personas mayores. Además que se no se ha de obviar el dato de la caída generalizada de los nacimientos, esto influyen en la estructura de las poblaciones y en la estructura de los sistemas de salud.

La mayor parte de los problemas de salud vienen derivados de enfermedades crónicas, y es un dato que hay que atender, y sobretodo también en la salud laboral. En este punto es dónde principalmente se podría relacionar con los hábitos saludables y la prevención de riesgos laborales. Es un reclamo que los sistemas de salud se adapten desde la óptica preventiva y de cuidados. Y atender al tema de cuidados con personas capacitadas para poderlo realizar con profesionalidad. Así las cosas se requiere un sistema integral de salud pública. La OMS define el envejecimiento “*como la consecuencia de un proceso de acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares a lo largo del tiempo, que provoca un descenso gradual de las capacidades físicas y mentales, un aumento del riesgo de enfermedad y finalmente la muerte*”<sup>1517</sup>

Los efectos más comunes del envejecimiento son entre otros: pérdida de la capacidad visual, audición, elasticidad muscular, fuerza muscular, pérdida de la capacidad del sistema cardiovascular que transporta a los músculos el oxígeno, cambios en el tamaño corporal, pérdida de agilidad y capacidad de reacción refleja, de la asociación de ideas, etc...<sup>1518</sup>

Como bien indica RAMOS el argumento del que parte la OMS es ver el proceso de llegar a una edad avanzada como positivo para la calidad de vida. Sería la combinación de continuar trabajando y seguir participando individual y colectivamente en la vida cívica (*participación, protección y seguridad*). La necesidad de seguir trabajando se

---

<sup>1517</sup> Vid. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health> (consulta junio de 2022).

<sup>1518</sup> PASTOR MARTINEZ A. “La protección de la SST de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida” Editores Cinca. *Documentación Laboral* núm. 112 año 2017 pág. 71.

torna más importante cuando la persona quiere acceder a una pensión de jubilación y no tiene suficientes años cotizados para cubrir el período mínimo, en especial dónde prima más la fuerza física que la mental. Ya en el Plan de Acción Internacional de Viena en 1982<sup>1519</sup> se destacaba poner atención en el envejecimiento. Es una preocupación que va ganando calado debido el envejecimiento de la población, principalmente en Europa.

En el año 2002 la OMS dio a conocer el documento *Envejecimiento Activo: un marco político*. Lo define como tal: “*El envejecimiento activo es el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen*” Se trataría de participar en la sociedad según sus necesidades, deseos y capacidades y además se les proporciona protección, seguridad y cuidados adecuados cuando necesitan asistencia. Se trataría de un concepto más amplio que el de concepto saludable, ya que afectaría en su totalidad la manera de envejecer.

En efecto se trataría de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida para todas las personas. Ligado a la definición de la OMS sobre la salud: “se refiere al bienestar físico, mental y social” , así las políticas y programas que promueven relaciones entre salud mental y social quedarían al mismo nivel de importancia que los programas de mejora de salud física. Un principio importante del envejecimiento activo es la interdependencia y la solidaridad intergeneracional.<sup>1520</sup>

Las enfermedades no transmisibles son las principales causas de morbilidad, discapacidad y mortalidad. Dónde se debe incidir es que muchas enfermedades no transmisibles podrían prevenirse. La consecuencia que la falta de prevención provoca costosos gastos para la curación de la enfermedad. Lo costoso no es la vejez en si misma, sino la discapacidad y la mala salud.

España participó también en la Organización de la Conferencia Ministerial de la Región económica para Europa de Naciones Unidas (CEPE) sobre envejecimiento,

---

<sup>1519</sup> Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, 26 de julio a 6 de agosto de 1982, Viena. Más adelante se elaboró el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento y la Declaración Política en 2002.

<sup>1520</sup> Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento y la Declaración Política en 2002. Pag. 79.



celebrada en León en el año 2007. De esta conferencia deriva la Declaración Ministerial de León, dónde se recogen compromisos para el avance en envejecimiento. En consecuencia se promueve todas las destinadas a la prevención y atención de la salud, fomentar el envejecimiento activo, la vida independiente, la participación social y la educación durante el transcurso de la vida.

Por su parte las Presidencias de los Estados de la Unión Europea han organizado conferencias en materia de envejecimiento . España durante su Presidencia Europea organizó, en abril de 2010, en Logroño la Conferencia sobre el “*Envejecimiento activo y Saludable*”.<sup>1521</sup> En este contexto uno de los objetivos prioritarios del evento la importancia de la salud para desarrollar un envejecimiento activo o la necesidad de aprovechar el potencial de las personas mayores.

En 2011 el Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad elaboró el “Libro Blanco sobre el Envejecimiento Activo”<sup>1522</sup>. Resalta que las personas mayores en la actualidad son personas sanas, se cuidan. La palabra activo se refiere a la participación en asuntos sociales, económicos, culturales, espirituales y cívicos. España es el primer país de Europa en esperanza de vida, un objetivo, aunque en líneas generales los habitantes de Europa viven más tiempo y de forma más saludable. Por lo que se transcurriría más de un tercio de la vida siendo persona mayor.

El envejecimiento activo representa un éxito de las mejoras sanitarias y sociales. Eso sí, contribuirá a la modificación de relaciones entre generaciones. Se debe tener en cuenta en términos de salud que hay un avance en las enfermedades degenerativas, no obstante los progresos de la industria farmacéutica reducen la discapacidad, aunque también se debe hacer la previsión de enfermedades severas.

Los cambios demográficos y los sociales modifican las estructuras familiares. En este punto se deben de tener en cuenta dos cuestiones: la primera más generaciones de la misma familia coexisten al mismo tiempo puede ayudar a los cuidados, y la segunda la reducción del tamaño medio de la unidad familiar y y más años de vida promueve la

---

<sup>1521</sup> Conferencia sobre el “*Envejecimiento activo y Saludable*” Logroño 2010.

<sup>1522</sup> Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad elaboró el “Libro Blanco sobre el Envejecimiento Activos.

soledad residencial sobretodo en situaciones de dependencia.<sup>1523</sup> En base a este contextos se debería dar importancia a la solidaridad entre amistades, a una más solidaridad sobretodo a nivel local. El incremento de hogares unipersonales irá en aumento.

No se puede obviar la inmigración, España es uno de los países europeos que más inmigración ha recibido. Ayuda al proceceso de envejecimiento demográfico pero debe ir acompañado de otras medidas. Después de todo una vez ya se inició la jubilación de la generación posterior al “baby-boom” parece que se podría volver a equilibrar la balanza entre generaciones.

Tampoco se puede dejar de hacer referencia a la Estrategia Global para el empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2021-2014 (Estrategia 55 o más)<sup>1524</sup>. Es una estrategia que recoge medidas para elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de este grupo de población de 55 o más años. En efecto, por lo que aquí interesa las que se dedican a favorecer el mantenimiento del empleo para la prolongación de la vida laboral y mejorar condiciones de trabajo, por lo que se refiere a SST.

Además se debe mencionar que en la Asamblea Mundial de la Salud de 2016, se adoptó una Estrategia y plan de acción mundiales sobre el envejecimiento y la salud (2016-2030): “*Fomentar y mantener la capacidad funcional que permite el bienestar en la vejez*” La estrategia está en consonancia con la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible. En diciembre de 2020 se declaró por la Asamblea General de Naciones Unidas “*La Década del Envejecimiento sostenible*” (2020-2030).<sup>1525</sup> Toda la sociedad y todos los sectores deben estar preparados para este gran cambio. La Resolución de la ONU 75/131<sup>1526</sup> expresó su preocupación, porque en general faltaba preparación para adaptarse a este nuevo contexto.

---

<sup>1523</sup> Idem.

<sup>1524</sup> Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la secretaria de Estadso por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por la que se aprueba la Estrategia global para el Empleo de los trabajadores y las trabajadoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más). Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-18500](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-18500)

<sup>1525</sup> Se trataría del segundo plan de acción de la Estrategia mundial de la OMS sobre el envejecimiento y la salud, que desarrolla el Plan de acción internacional de Madrid sobre el envejecimiento de las Naciones Unidas y se ajusta al calendario de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y a los objetivos de desarrollo sostenible.

<sup>1526</sup> Vid <https://www.who.int/initiatives/decade-of-healthy-ageing> (consultado junio 2022).

Asimismo se debe citar el “*Acuerdo Marco Autónomo de los Agentes Sociales Europeos sobre Envejecimiento Activo y un Enfoque Intergeneracional*” de 8 de marzo de 2017. Las medidas que se pretendían iban dirigidas a mejorar la capacidad de las y los trabajadores de todas las edades para permanecer en el mercado laboral de una forma activa y con salud. En consecuencia se promueve la cultura del respeto y dignidad hacia todos los lugares de trabajo.

El Acuerdo adquirió el compromiso de que garantizar el envejecimiento activo y el enfoque intergeneracional al fin y al cabo necesitaba de un compromiso por parte de la parte empresarial, trabajadora y sus representantes. Se debe asegurar un ambiente de trabajo , seguro y productivo. Por ende, se debe señalar que el enfoque intergeneracional se refiere “*al aprovechamiento de las fortalezas y la situación objetiva de todas las generaciones, a la mejora del entendimiento mutuo y apoyar la cooperación y la solidaridad entre las generaciones en el trabajo*”<sup>1527</sup>

En otras palabras, transferencia mutua de conocimiento y experiencia entre los diferentes grupos etarios, promover esta buena convivencia. Las medidas que propone el Acuerdo para realizar una estrategia en SST podrían ser: reasignación de tareas a las y los trabajadores, formas a las personas trabajadoras en desarrollo normativo de SST tanto para proteger la salud física como mental o promover la salud voluntaria entre otras.<sup>1528</sup>

Según datos de la OMS hay más de 1.000 millones de personas de más de 60 años o más y la mayor parte se concentran en países de ingresos bajos. Por lo que la OMS hace la llamada a que se requiere una acción global concertada sobre el envejecimiento saludable para garantizar una vejez en condiciones dignas y un entorno saludable. Se pretende actuar desde cuatro ejes. El primero promover entornos físicos, sociales y económicos favorables a la gente mayor. Entornos que irían también encaminados al entorno laboral, y un toque en este punto a la prevención de riesgos laborales.

---

<sup>1527</sup> Acuerdo marco autónomo de los agentes sociales europeos sobre envejecimiento activo y un enfoque intergeneracional de 8 de marzo de 2017.

<sup>1528</sup> Idem.

Otro eje desde el que se pretende actuar es la lucha contra el edadismo: los estereotipos, prejuicios, y discriminaciones tienen efectos nocivos sobre la salud de la gente mayor. Se puede destacar como el Colegio de Abogados de Madrid estableció el límite de 75 años para integrarse en el turno de oficio. En noviembre de 2019 el TS declaró la cláusula nula. Es una importante sentencia contra el edadismo. Resalta la Resolución que en el ejercicio de la profesión de abogado, lo que se requiere es facultades intelectuales más que físicas, no siendo estas determinantes. Como bien señala es que siguiendo ese argumento se debería también establecer este límite para el ejercicio de la abogacía.<sup>1529</sup>

El tercer eje es la atención integrada sin que ello suponga dificultades económicas. Poder acceder a servicios de salud esenciales dónde se incluya la prevención, rehabilitación, vacunación...etc. Y el cuarto eje es la atención a largo plazo. Es decir el acceso a la rehabilitación, las tecnologías de asistencia, un medio ambiente inclusivo, etc. Hay personas que llegan a un momento de su vida que ya no pueden cuidarse por sí mismas y necesitan soporte y asistencia, también tienen derecho a mantener su capacidad funcional, gozar de los derechos humanos básicos y vivir con dignidad.

Por lo que las políticas públicas para promover el envejecimiento activo se centrarían en: autonomía, bienestar y salud. En primer lugar la autonomía se entiende como realizar un trabajo. El bienestar se configura conforme un aparato público para poder compensar con prestaciones suficientes los déficits que podría causar la edad, como retirarse de la vida activa. Es decir se deberían ofrecer bienestar económico y social. La salud es lo más significativo en las personas de la tercera edad. Un buen sistema sanitario permite que se incremente la mayor esperanza de vida.

La Comisión Europea enfatizó en la importancia del envejecimiento activo como un elemento clave para el porvenir. “*Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”. Se menciona en el documento en la idea de utilizar todo el

---

<sup>1529</sup> Tribunal Supremo. Sentencia de 27 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4a50cd7cc500e126/20191209>

potencial laboral para hacer frente a la necesidad del incremento de la competencia mundial.<sup>1530</sup>

En este contexto demográfico sí señalar que la esperanza de vida de las mujeres es más alta que la masculina. Los factores pueden ser varios entre hábitos de vida, menor exposición a riesgos en sus vidas laborales. Sí es un hecho la supervivencia de las mujeres sobre sus cónyuges. Además es un hecho que esos años que se ganan a la muerte son años que se han incrementado en todas las edades así la edad formativa se alarga y se prolonga la vida laboral una vez ya se es persona adulta. Indica el Libro Blanco que *“hace pocos lustros, la jubilación era una antesala o preparación para la dependencia y la muerte”*<sup>1531</sup>

### **3.2. Salud laboral y transición demográfica**

El envejecimiento activo supone para el derecho del trabajo tres direcciones importantes: la no discriminación en las relaciones de trabajo a causa de la edad, así se debería proteger principalmente de una causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida (artículo 52 b)), políticas de empleo para incentivar la contratación y mantener el empleo de personas de mayor edad, y especial importancia el sistema de seguridad social y las medidas de SST. Mantener a la gente mayor ocupada supone autonomía personal, vida ocupada... sin embargo se extiende la idea de la sociedad del rendimiento.<sup>1532</sup>

Al enaltecer el rendimiento y la hiperactividad tiene su otra cara de la moneda, riesgos psicosociales que al somatizarlos pueden derivar en problemas físicos. El exceso de trabajo tampoco puede ser una trampa para enfermar. De nuevo se reitera la prevención de riesgos dirigida a puestos de trabajo y a las personas que los ocupan, en palabras de

---

<sup>1530</sup> Comisión Europea: *“Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*- Europa 2020.

<sup>1531</sup> Libro Blanco.

<sup>1532</sup> RAMOS QUINTANA, M.I “Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio” Editorial Wolters Kluwer *Trabajo y Derecho* número 54 de 2019 pág. 2 y 4.

RAMOS “*las enfermedades psíquicas de la sociedad del rendimiento no son otra cosa que manifestaciones patológicas de esta libertad paradójica*”.<sup>1533</sup>

La rapidez, la presión, el estrés como se ha visto en otras líneas de esta tesis se han normalizado. Se da la sensación que descansar o desocuparse no parece bien visto, el individuo no se autorrealiza. El síndrome del burn out es un buen ejemplo de esta sociedad del rendimiento, manifestado en “*cansancio, hastío y hartazgo*”. La sociedad demanda individuos hiperactivos y flexibles, lo que provoca una violencia contra la persona trabajadora. El sistema se asegura de seguir contando con personas activas alargando la vida laboral.<sup>1534</sup>

Los trabajadores de edad avanzada representarán el 30% o más de la población activa. El sistema de pensiones es el que ha quedado mayormente afectado. Si se alarga la vida laboral siempre debe quedar anudado a la SST, a la prevención de riesgos laborales.<sup>1535</sup>. Asimismo es importante señalar la Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad.<sup>1536</sup>. En su artículo 5 f) expresa que las condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene, es uno de los ámbitos de actuación en orden a resolver los problemas de empleo de las y los trabajadores de edad avanzada. Es lamentable que se carezcan de normas, dónde de forma expresa se efectúe un tratamiento de la incidencia en materia preventiva. Lo que no es óbice para la desprotección de las personas de mayor edad en todo lo relacionado con la prevención de riesgos.<sup>1537</sup>

A pesar de la variabilidad individual no impide que la edad pueda ser considerada un factor de riesgo, y que el el colectivo de personas mayores trabajadoras tenga necesidades de SST específicas. Los cambios fisiológicos son inevitables igual que un incremento generalizado de las enfermedades crónicas. Si se continua exigiendo igual a las personas en trabajos de alto requerimiento físico y psíquico, le puede suponer a la persona trabajadora dificultad añadida por la pérdida de las capacidad funcionales. Si

---

<sup>1533</sup> Idem.

<sup>1534</sup> Ibidem, pág. 5.

<sup>1535</sup> PASTOR MARTINEZ A. “La protección de la SST de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida” op. Cit. pág. 68.

<sup>1536</sup> Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad, de 23 de junio de 1980. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R162](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R162)

<sup>1537</sup> PASTOR MARTINEZ A. “La protección de la SST de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida” op.cit pág. 70.

una persona lleva realizando las mismas funciones mucho tiempo la monotonía genera consecuencias negativas en la salud.<sup>1538</sup>

La PRL debería actuar con la adopción de medidas ergonómicas y adaptación de condiciones de trabajo en sentido amplio. En otros términos, la vejez puede determinar y dependiendo de la persona, cambios fisiológicos, morfológicos y psicológicos pero hay aspectos muy buenos que sólo se ganan con la edad: experiencia y conocimiento. Si nos detenemos entre los términos discapacidad y vejez sólo se podría considerar si hay una limitación en la dificultad de ejercer una actividad profesional en igualdad de condiciones que las demás personas trabajadoras y es una limitación de larga duración.<sup>1539</sup>

Los artículos 25.1, 26, 27 y 28 de la LPRL establecen una protección específica para colectivos de personas trabajadoras (tanto trabajadores por cuenta ajena como personal estatutario) con mayor vulnerabilidad a sufrir accidentes laborales. La mayor sensibilidad vendría dada por una mayor receptividad a los riesgos y que se derivase de circunstancias personales. Sería la edad el factor o circunstancia personal de la que derivaría esa sensibilidad. En base a datos estadísticos hay una mayor siniestralidad, accidentes más graves y más mortalidad. En consecuencia se debería tener en cuenta en las evaluaciones de riesgo y en la adopción de medidas de prevención y protección específicas.<sup>1540</sup>

Por consiguiente la referencia a determinados colectivos en el artículo 25 no es óbice para que se puedan incluir otras personas trabajadoras. Es decir el artículo 25 de la LPRL tiene un carácter genérico, no tiene carácter *numerus clausus*. La circunstancia de la edad se debe valorar en la evaluación de riesgos o que se acredite por la persona trabajadora y así se adopten las medidas de prevención y protección adecuadas (en el

---

<sup>1538</sup> PASTOR MARTINEZ A. “La protección de la SST de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida” op.cit pág. 72.

<sup>1539</sup> Según la STJUE de 1 de diciembre de 2016. Asunto: C-395/15 “*Por consiguiente, si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que al interactuar con diversas barreras pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración puede estar incluido en el concepto de discapacidad en el sentido de la directiva 2000/78*” Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0395>

<sup>1540</sup> PASTOR MARTINEZ A. “La protección de la SST de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida” op.cit pág. 74.

mismo sentido el artículo 4.1 del RSP). En otras palabras no se trata de calificar a todas las personas trabajadoras de la misma edad como especialmente sensibles sino que sería la edad y sus efectos los elementos determinantes de una mayor sensibilidad.<sup>1541</sup>

Las condiciones ergonómicas y adaptar las condiciones de trabajo son las medidas preventivas más eficaces en orden a las personas de edad avanzada para una buena SST. Consecuentemente se iría en orden a proteger los principios del artículo de la LPRL: evitar riesgos, combatir riesgos en origen y adaptar el trabajo a la persona. Con estas acciones se protegería el necesario derecho a la salud de forma integral.

Ahora bien si se sigue el artículo 25 de la LPRL no hay una claridad literal en relación al deber empresarial de adaptación y recolocación de trabajadores especialmente sensibles por circunstancias personales. La doctrina se ha inclinado tanto por que sí efectivamente existe un deber empresarial,<sup>1542</sup> como quien no lo ha considerado en este sentido como PURCALLA<sup>1543</sup>. Esta ausencia explícita se debería solucionar lege ferenda para evitar inseguridad jurídica. Si se realiza una interpretación sistemática, teleológica y literal del artículo 25 se puede inferir la obligación del deber de adaptación.<sup>1544</sup>

El artículo 25 de la LPRL en su literalidad no presume que las y los trabajadores de edad avanzada sean sensibles a los riesgos laborales destaca un estudio de la CEOE sobre “*El estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad*”. En este estudio se pone de manifiesto que un número elevado de personas de este

---

<sup>1541</sup> Ibidem pág. 75.

<sup>1542</sup> BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “La protección de la salud laboral de los trabajadores en edad avanzada” Editorial CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social núm. 397 de 2016 pág. 80.

<sup>1543</sup> PURCALLA BONILLA, M. A, “El empleador y su deber de prevención (II): obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)”, Editorial Tirant lo Blanch en AA. VV *Manual de derecho de la Prevención de Riesgos Laborales* GARRIGES GIMÉNEZ, A. (directora) Valencia, 2015 pág. 179 “*al empresario, se atribuye, ex. Artículo 25 de la LPRL, una facultad implícita (que no explícita, desde luego, de modo que, salvo previsión convencional en contrario, tampoco es un deber jurídico exigible siempre y en todo caso) de movilidad funcional de los trabajadores especialmente sensibles*”.

<sup>1544</sup> PASTOR MARTINEZ A. “La protección de la SST de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida” op.cit pág. 78.



colectivo es especialmente sensible a los riesgos que se ocasionan en los puestos de trabajo (por ejemplo permanecer de pie largos períodos de tiempo).<sup>1545</sup>

En efecto, el artículo 25.1 obliga al empresario a adoptar “*medidas de prevención y protección necesarias*” y se debe entender relacionado con el segundo párrafo dónde prohíbe el empleo de trabajadores especialmente sensibles en los puestos de trabajo que puedan suponerles un peligro para sí mismos o terceros. Y en conexión con el artículo 15 de la LPRL dónde se expresa la prescripción de “*adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción con mirars en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.*”

En la doctrina judicial se siguen planteando discrepancias sobre el deber empresarial como en la STSJ de Cataluña<sup>1546</sup>. En la misma se despidió al actor por ineptitud sobrevenida, vía art. 52a) del ET, en base a que el Servicio de Vigilancia de la Salud le declaró no apto para el trabajo habitual. El actor apuntaba a la posibilidad de ser recolocado en otro puesto de trabajo. Se argumenta que no existe norma legal o convencional que sostenga su pretensión y la obligación de la empresa. Como se describe no hay atisbo en la argumentación judicial del artículo 25 de la LPRL.

En conclusión envejecer no es una patología, sólo vendría a ser una variable a tener en cuenta en la PRL dónde se incorpora la seguridad para este colectivo.<sup>1547</sup> Sin ir más lejos la STC 22/1981 de 2 de julio<sup>1548</sup> cuando enjuició la constitucionalidad de la disposición adicional quinta de la LET de 1980 señaló expresamente: “... *lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores, cualquiera que sea el sector económico en que se hallen*

---

<sup>1545</sup>BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “La protección de la salud laboral de los trabajadores en edad avanzada” Editorial CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social núm. 397 de 2016 pág. 84 y 85.

<sup>1546</sup> STSJ de Cataluña 2163/2017 de 28 de marzo de 2017. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/708c443f798e2651/20170525>

<sup>1547</sup> URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”. Edita: Universidad del País Vasco. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales* número 24 de 2011 Pág. 29.

<sup>1548</sup> STC 22/1981, de 2 de julio (BOE núm. 172 de 2 de julio) fundamento jurídico quinto. <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22>

*integrados y el tipo de actividad que dentro de él se desarrollen.*” (en consonancia con la Recomendación 162 de la OIT).

Las y los empresarios deberían tener en cuenta que los trabajadores de edad avanzada tendrán mejor rendimiento y beneficiará su salud en los puestos dónde puedan desarrollar su conocimiento y experiencia, dónde también les supondrá motivación y satisfacción. Si se les asignan puestos dónde se exijan sobreesfuerzos o requerimientos incompatibles con el estado de salud, puede provocar absentismo por bajas en incapacidad temporal (es menester señalar que las personas de edad avanzada tienen períodos más largos de IT y más si cabe con el distanciamiento en el tiempo entre visitas médicas). Es de justicia frenar el mal endémico del sistema español de relaciones laborales que es la expulsión de las personas mayores. Las claves están en la vigilancia de la salud, planificación de prevención de riesgos, adaptación de los puestos de trabajo, la formación y en definitiva *“el cambio en la cultura organizativa.”*<sup>1549</sup>

Como bien apunta la NTP 367 *“en ocasiones son las propias condiciones de trabajo las que hacen viejo al trabajador, más que el declive de la capacidad de éste”*. Cuando se gestiona a nivel de prevención hay que incidir en el problema de la no transmisión del *“saber hacer”* que se adquiere con la experiencia y tiene un gran valor. A nivel individual la prevención se debería centrar en encontrar entre los puestos de trabajo el más adecuado a los problemas de salud y capacidad de trabajo (por ejemplo en la organización de las pausas/descansos). Urge una gestión preventiva de la edad.<sup>1550</sup>

#### **4. LA SALUD, LOS CUIDADOS Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Siguiendo la línea de investigación de esta tesis plasmada en todos los capítulos, se analiza la salud, y la salud laboral desde una perspectiva de género. Y más si cabe en un contexto de pandemia. La igualdad entre mujeres y Hombres es un principio jurídico universal reconocido en textos Internacionales sobre derechos humanos, así la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

---

<sup>1549</sup> BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “ La protección de la salud laboral de los trabajadores en edad avanzada” op. Cit. pág. 77 y 84.

<sup>1550</sup> Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. NTP 367: “Envejecimiento y trabajo: la gestión de la edad”. 1995 NTP 416: Actitudes frente al cambio en trabajadores de edad avanzada de 1996

(1979)<sup>1551</sup> o Conferencias monográficas como la de Naoribi de 1985 y Beijing de 1995<sup>1552</sup>. También representa un principio fundamental en la UE desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdan.

La LO 3/2007 LOI<sup>1553</sup> incorporo al ordenamiento jurídico español dos Directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE (refundidas en la Directiva 2006/54/CE), relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato entre Hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo<sup>1554</sup>, y la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre Hombres y mujeres en el acceso a bienes y Servicios y su suministro.<sup>1555</sup>

Merece poner de relieve por su carácter transversal el artículo 4 donde su mismo título señala: Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas: *“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y Hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”* La transversalidad es el eje vertebral de la LOI y como seña de identidad del derecho antidiscriminatorio, el mainstreaming de las políticas de género.

Se eleva la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres como principio informador del ordenamiento jurídico, Sería como traer al mundo laboral y en relación a la igualdad por razón de sexo la combinación de lo que se dispone en el

---

<sup>1551</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En vigor desde septiembre de 1981 y para España el 4 de febrero de 1984. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-6749&p=19840321&tn=6>

<sup>1552</sup> ONU Mujeres Conferencias mundiales sobre la mujer. Disponible en <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

<sup>1553</sup> LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE 23 de marzo de 2007) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

<sup>1554</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. (refundición) Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>

<sup>1555</sup> Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 diciembre de 2004, por el que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y a su suministro. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:32004L0113>

artículo 4.1 del Código Civil (principios generales del derecho como Fuente del ordenamiento jurídico) y el artículo 3.1 del Código Civil (criterios de interpretación y aplicación de las normas jurídicas).

El artículo 15 de la LOI concreta el artículo 4 al indicar que la igualdad de trato entre mujeres y hombres informará la actuación de los poderes públicos debiéndose integrar en la adopción y ejecución de las disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas las actividades. De igual manera el artículo también ha recibido críticas por considerarse superfluo, ya que la fuerza jurídica de la igualdad por razón de sexo ya viene dada por el artículo 15 de la CE. No obstante, tiene el mérito de ser un artículo pedagógico de carácter transversal de la igualdad y no discriminación. Además, se configurara como principio general del derecho y como derecho directamente aplicable. Esto refleja la importancia que el legislador le da a la realidad social de la trascendencia para su observación en todos los ámbitos.<sup>1556</sup>

Lo esencial, como señala SAN MARTÍN es que la LOI va dirigida a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto las estatales, autonómicas y locales. Así de esta forma se requiere la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, entre los que se destaca la conciliación, la corresponsabilidad, la asistencia sanitaria y salud objeto de este trabajo de investigación. Se reclaman acciones positivas para alcanzar la igualdad real y efectiva. La propia LOI ya específicamente regula la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta la mayor corresponsabilidad entre mujeres y Hombres.

El Informe sobre el Forum Económico Mundial sobre brecha de género advierte del retroceso en la deseada igualdad. Así las cosas en 2020 se estimaba que quedaban 100 años para conseguir la plena igualdad, en 2021 quedaban 135 años, un retroceso

---

<sup>1556</sup> SAN MARTÍN, C. “Comentarios al artículo 4 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Integración del principio de igualdad e la interpretación y aplicación de las normas” Editorial Aranzadi S.A.U Thomson Reuters Aranzadi mayo de 2008. Pág. 1 y 2 Disponible en <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Carlart4.pdf>

importante.<sup>1557</sup> Entre marzo de 2020 y septiembre de 2021 las mujeres tuvieron más probabilidades de dejar su empleo y renunciar a su trabajo por el tema de los cuidados.<sup>1558</sup>

#### 4.1. La salud y la brecha de género en las tareas de cuidados

La Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 de la Comisión Europea informa de una diferencia en el índice de ocupación entre mujeres y hombres de un 11%, un 15% de brecha salarial y un 30% de brecha en pensiones en la UE. La salud, y la salud laboral de las mujeres es difícil que mejore con estos datos que las acaban afectando. Por lo que se refiere a la tarea de cuidados la mujer se dedica 22 horas semanales en tareas domésticas y de cuidados y los hombres 9. El trabajo de cuidados no es remunerado, por lo que en consecuencia son períodos de tiempo que tampoco suponen períodos cotizados.<sup>1559</sup>

El tema de los cuidados, tan esencial como se vio en el momento más álgido de la pandemia, sigue centralizado personas cuidadoras informales (no remuneradas), en concreto el 80%. De este porcentaje del 80%, el 75% son mujeres. Es realmente preocupante que el 44% de la población europea piense que lo más importante de una mujer es cuidar de su familia y de la casa y el 43% considera que la contribución más importante del hombre es ganar dinero.<sup>1560</sup>

Se considera cuidado informal “*como la prestación de cuidados de salud a personas dependientes por parte de familiares u otras personas de la red social inmediata, sin recibir una remuneración económica profesional para ello.*”<sup>1561</sup> De igual modo no está

---

<sup>1557</sup> Foro económico mundial (FEM). Global Gender Gap Report 2021 [Global Gender Gap Report 2021 | Foro Económico Mundial \(weforum.org\)](#)

<sup>1558</sup> GARCÍA CALVENTE, M.M. “*Cures, gènere i salut: la desigualtat més invisible*” Universitat de Girona, Butlletí electrònic de promoció de la salut. abril de 2022 pág. 1.

<sup>1559</sup> Comunicación de la Comisión, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones Una Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de género 2020-2025 Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0152>

<sup>1560</sup> GARCÍA CALVENTE, M.M. “*Cures, gènere i salut: la desigualtat més invisible*” Universitat de Girona, Butlletí electrònic de promoció de la salut. abril de 2022 pág. 2.

<sup>1561</sup> GARCÍA CALVENTE, M., DEL RIO LOZANO, M. MARCOS MARCOS, J. “*Desigualdades de género en el deterioro de la salud como consecuencia del cuidado informal en España*” Publicación por Elsevier España, S.L. Gaceta Sanitaria 2011 Disponible en <https://www.gacetasanitaria.org/es-desigualdades-genero-el-deterioro-salud-articulo-S021391111002998>

de más señalar que la Ley de dependencia<sup>1562</sup> sí reconoce el derecho a percibir una pagar por el cuidado de un familiar no cuidador profesional., siempre que se cumplan los requisitos que en ella se establecen. Sin perjuicio, que los cuidadores no profesionales pueden solicitar la suscripción de un convenio especial con la seguridad sociales, siendo la administración general del Estado la que asume las cotizaciones para con posterioridad generar derecho a la jubilación, incapacidad permanente y . La parte negativa es que no se genera derecho a IT o desempleo <sup>1563</sup>

Para clarificar conceptos el “cuidador formal” es aquella persona que dispone de preparación y formación profesional para las tareas de cuidados. Se trataría de un trabajo remunerado con los derechos y deberes de una persona trabajadora por cuenta ajena. Es el trabajo que un profesional oferta de forma especialitzada. Lo que es probable que ocurra es que los cuidados formales complementen a los cuidados informales. En fin, la actividad de cuidar se puede realizar desde residencias, hospitales, organizaciones sin fines de lucro...El cuidado informal se caracteriza porque es desarrollado por personas de la red social del receptor del cuidado.

Hay que advertir que el cuidador formal se enfrenta a su trabajo con conocimientos previos y formativos. Esto ayudará a desarrollar su actividad de forma más profesional para el mantenimiento y mejora de las funciones motoras, higiene, cambios posturales, primeros auxilios, etc. Los cuidadores informales ya parten de origen de que no tienen esta formación. Los riesgos en materia de prevención de riesgos laborales también serán menores en cuidadores formales por los conocimientos que poseen, el estrés es más propio de cuidar a enfermos con enfermedades mentales, los riesgos físicos son más propios de personas dependientes con problemas de movilidad y de ayuda en las tareas diarias.

Sea como fuere tanto el cuidado formal como el cuidado informal requieren de un saber, de un saber estar. Son diferentes las tareas a realizar: alimentación, control de medicación, higiene, cambios posturales, no es un tema para nada baladí. Los cambios

---

<sup>1562</sup> Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Artículo 18 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-21990>

<sup>1563</sup> RD 615/2007 de 11 de mayo (BOE del 12). Nueva regulación artículo 4 puntos doce y trece del RD Ley 6/2019 de 1 de marzo de 2019 y disposición final segunda punto del RD Ley 8/2019

demográficos que la Sociedad ya está experimentando son cuestiones que urgen que se solucionen que se busquen fórmulas asequibles a toda la población y que den tranquilidad, la tranquilidad que en un momento determinado que se requiera será atendido.

No es óbice poner de manifiesto que en la exposición de motivos de la Ley de Dependencia se reconoce que son las familias y en concreto las mujeres las que asumen el cuidado informal. Se reconoce la importancia de la Ley debido a los cambios en el modelo tradicional y incorporación de mujeres al mundo laboral. Aunque no hace alusión a la discriminación de las mujeres y la corresponsabilidad. Desde la línea de investigación de esta tesis se defiende extraer las tareas de “cuidados” del ámbito familiar, por la discriminación que genera a las personas cuidadoras principalmente mujeres. El estar períodos largos de tiempo “cuidando” tiene como consecuencia pérdida de ingresos y en muchos casos de formación para por ejemplo una posible promoción profesional. También hay un riesgo psicosocial a tener en cuenta, el aislamiento.<sup>1564</sup>

Cabe reiterar que se necesita una regulación donde se valoren los cuidados como buen funcionamiento y desarrollo de una sociedad y que a la vez no impida que se generen oportunidades profesionales y personales a las personas. La implicación de la administración pública deviene necesaria hacia un sistema nacional de cuidados, al cual ya se ha hecho referencia en esta tesis.

Las mujeres además dedican al tiempo de cuidado a lo largo de su vida más tiempo que los hombres. De todos modos, la mujer ya tiene asumido su rol de cuidadora por naturaleza, así se le ha enseñado, al menos hasta ahora. Las tareas de cuidados implican estrés diario, y doble jornada laboral. Es evidente el deterioro de la salud, cansancio, depresión, y una evidente brecha de género en relación con la salud y la sobrecarga.<sup>1565</sup>

---

<sup>1564</sup> MARTIN CANO, MC. RUIZ SEISDEDOS, S. “Ley de dependencia una mirada con perspectiva de género” Colegio Profesional de Trabajo Social de Málaga. *2 Documentos de Trabajo Social. Revista de trabajo y acción social*. n 48 de 2010 pág. 95 y pág. 96.

<sup>1565</sup> GARCÍA CALVENTE, M.M. “Cures, gènere i salut: la desigualtat més invisible” Universitat de Girona, Butlletí electrònic de promoció de la salut. abril de 2022 pág. 2.

Debería servir la pandemia de aprendizaje en una regulación del tema de los cuidados. Los cuidados son imprescindibles tanto para menores, dependientes, personas mayores, etc....En palabras de GARCÍA CALVENTE “*que lo urgente no haga olvidar lo importante*”<sup>1566</sup> En este contexto el Gobierno aprobó en el Consejo de Ministros de 31 de mayo de 2022 el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) de la economía social y de los cuidados<sup>1567</sup> Se busca profesionalizar el sector de los cuidados y la dependencia. Así se proponen fórmulas como el cuidado en el domicilio o la creación de viviendas colaborativas. Son iniciativas que son acordes con la línea de investigación de esta tesis doctoral. Se pretende mantener la calidad de vida, de salud y profesionalizar el sector cuidados para evitar dobles jornadas laborales.

El Observatorio de la OIT destaca que las mujeres en el trabajo informal están más perjudicadas que los hombres. La diferencia se explica en base a los sectores dónde las mujeres trabajan de forma informal<sup>1568</sup> y por un exceso en las responsabilidades que les afectan. Los trabajadores informales no permitían soluciones como licencias o teletrabajo. El mayor tiempo dedicado por las mujeres al trabajo de cuidados no remunerado antes y durante la pandemia no ayudó a que continuasen en empleos remunerados. La velocidad de recuperación del empleo ha sido más lenta para mujeres que para hombre, la consecuencia es la brecha de género que se genera en el empleo a nivel mundial.<sup>1569</sup>

---

<sup>1566</sup> Ibidem pág. 3.

<sup>1567</sup> Trabajo y economía social. Proyecto estratégico para la recuperación y transformación económica (PERTE) de la economía social y la Economía de los Cuidados. Vid. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220531.aspx#PERTE>

<sup>1568</sup> La OIT define el trabajo informal como “*todo trabajo remunerado (p.ej. tanto autoempleo como empleo asalariado) que no está registrado, regulado o protegido por marcos legales o normativos, así como también trabajo no remunerado llevado a cabo en una empresa generadora de ingresos. Los trabajadores informales no cuentan con contratos de empleo seguros, prestaciones laborales, protección social o representación de los trabajadores*”. <https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3366>

<sup>1569</sup> Observatorio de la OIT sobre el Mundo del Trabajo. Novena Edición. De 23 de mayo de 2022.



## 4.2. Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 y la Directiva (UE) 2019/1158

Cabe añadir que como manifiesta el “*Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva ((UE) 2019/1152, de 20 de junio de 2019 y la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019*” el RD 6/2019<sup>1570</sup>” fue un reto importante en los derechos de conciliación y fomento del ejercicio corresponsable. No obstante se debe seguir avanzando para que la mujer no renuncie total o parcialmente al mercado de trabajo. Por añadidura la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019<sup>1571</sup> se asienta bajo los paradigmas de igualdad de género y equilibrio entre vida familiar y vida profesional (Principios de 2 y 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales).

La Directiva se centra en tres ejes: El primer eje queda constituido por los: permisos parentales para el cuidado de hijos e hijas, retribuidos e intrasferibles, disfrute flexible de los mismos, a tiempo parcial o en períodos alternos, a tiempo completo o de manera acumulada. El segundo eje lo constituye la posibilidad de disfrutar de un permiso para cuidadores de 5 días laborables al año, Por lo que se refiere al tercer eje quedaría constituido porque todas las personas trabajadoras tendrían derecho a ausentarse del trabajo, sin ningún tipo de menoscabo, por causa de fuerza mayor por motivos familiares urgentes o inesperados. Por añadidura las personas trabajadoras que sean progenitores y cuidadores puedan adaptar el calendario de trabajo a sus preferencias personales. Así las cosas, una mejor conciliación y corresponsabilidad tiene efecto directo en la protección de la salud tanto física como mental.

Sea como fuere el ordenamiento español pretende transponer la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019<sup>1572</sup> y la Directiva 2019/1158 de 20 de junio de 2019<sup>1573</sup>. En lo que

---

<sup>1570</sup> RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación. BOE 7 de marzo. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3244>

<sup>1571</sup> Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L1158>

<sup>1572</sup> Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81159>

se refiere a la transposición de esta última Directiva se requerirán cambios que refuerzcan la conciliación y la corresponsabilidad y el derecho a no discriminación por razón de sexo. En consecuencia se incorporarían los ajustes en materia de permisos para cuidado en aras a una mayor corresponsabilidad, el permiso por fuerza mayor familiar y el permiso parental retribuido.<sup>1574</sup>

La aprobación de la Directiva(UE) 2019/1158 dio paso a que la conciliación de responsabilidades pasase a un lugar central y da un gran paso para la adaptación de condiciones de Trabajo dónde se introduce el valor de la corresponsabilidad<sup>1575</sup>. La Directiva va ligada también al tiempo de Trabajo y a la salud de todas las personas y a los cuidados por lo que se debe enlazar con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ya vista en el capítulo II de esta tesis doctoral.

Sin lugar a dudas la transposición de la Directiva dará valor a las ya aportaciones del RDley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y Hombres en el empleo y la ocupación. Se va de la mano de fórmulas de trabajo flexibles, es decir que la igualdad real sea una realidad en el ámbito laboral, mediante el reconocimiento del derecho a la conciliación como un derecho más de las personas trabajadoras. Derecho que contribuye a un mayor descanso, a una mayor prevención de riesgos y en consecuencia a avanzar en el derecho a la salud.

En este sentido se debe mencionar que el Consejo de Ministros aprobó el 13 de diciembre de 2022 el anteproyecto de la Ley de Familias<sup>1576</sup>. En él se equiparan los derechos de las parejas de hechos a los de los matrimonios, amplía permisos para

---

<sup>1573</sup> Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y laboral y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.  
Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32019L1158>

<sup>1574</sup> Actualmente se encuentra en trámite de Consulta Pública previa a la elaboración de un anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 de 20 de junio de 2019 y la Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio de 2019. El plazo para la presentación de aportaciones finaliza el 28 de junio de 2022. <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado?tramite=2&estado=1>

<sup>1575</sup> RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-3244>

<sup>1576</sup> Anteproyecto de Ley de Familias Disponible en <apl-ley-familias.pdf> ([mdsocialesa2030.gob.es](https://mdsocialesa2030.gob.es))

cuidados y las prestaciones para la familias, y extiende a más familias la protección que hasta ahora solo tenían las familias numerosas.

El proyecto se basa en cuatro pilares: la ampliación de la protección social a las familias y el apoyo a la crianza, la garantía del derecho a la conciliación, el pleno reconocimiento jurídico de los distintos tipos de familia, y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Se explica su fundamento en un contexto en que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral deviene estratégicamente complicada afectando a la salud de las personas y de las personas trabajadoras. Se depende en gran medida de cómo organizar los cuidados, escuela, actividades extraescolares y las y los abuelos juegan un papel fundamental, esencial. Los obstáculos que existían en la crianza ha hecho plantearse a las personas el no tener descendencia o no tener más hijos/as por no poderse permitir.<sup>1577</sup>

Entre las medidas se puede destacar la renta crianza de 100 euros al mes para un mayor número de familias con niñas y niños de cero a tres años. Así se incluye a las madres que perciban una prestación por desempleo, contributiva o no, y también aunque no se reúnan los requisitos previamente haya una cotización de 30 días a partir del parto. En este colectivo de beneficiarias se incluyen a las madres que tengan un empleo a tiempo parcial o temporal. Se pone de manifiesto que no se señala a los padres, sino sólo a las madres, reflexión que sorprende y más por la esencia de la Ley.

Las familias con mayores de necesidades de apoyo a la crianza se consideraran las familias numerosas, las familias monomarentales con dos hijos, las familias con dos hijos donde un ascendiente o descendiente tenga discapacidad, las familias con dos hijos encabezadas por una víctima de violencia de género o por un cónyuge que hubiese obtenido la guarda y custodia exclusiva sin derecho a pensión de alimentos y las familias con dos hijos o hijas en las que un progenitor estuviese en tratamiento hospitalario durante un año o hubiese ingresado en prisión.

---

<sup>1577</sup> La Moncloa. Consejo de ministros. “El Gobierno amplía la protección social a las familias y facilita la conciliación” Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/131222-rp-cministros.aspx> (Consulta diciembre de 2022)

En relación a las garantías del derecho a la conciliación se prescriben tres permisos de cuidados: un permiso de cinco días año retribuido para atender a una familiar hasta segundo grado o conviviente (tanto para accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que necesite reposo) un permiso parental de ocho semanas, que se podrá disfrutar de forma continua o discontinua hasta que el hijo o hija cumpla los ocho años y un permiso por ausencia por fuerza mayor familiar que requiera de atención inmediata, que sería de cuatro días retribuidos al año y se podría disfrutar por horas. De igual modo, se va avanzado en equiparar los matrimonios y las parejas de hecho, éstas ya tendrán 15 días de permiso por registro equiparable al matrimonio.

Como señala la exposición de motivos del Proyecto, la futura Ley da cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea sobre la protección de las familias. Se enmarca dentro de los compromisos adquiridos como parte del Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia donde España<sup>1578</sup> se compromete a aprobar una nueva Ley de protección a las familias y reconocimiento de su diversidad.

Se debe también destacar que se cumple con el hito 316, enmarcado dentro del Componente 22 “Plan de choque para economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión”. Los objetivos son: reconocimiento jurídico de los diversos tipos de estructuras familiares existentes, determinación de las prestaciones, y los Servicios a que tengan derecho según sus características y niveles de ingresos y factor muy importante la pobreza infantil. La Ley pretende con firmeza dar pleno reconocimiento a todas las familias por eso alude a interpretaciones del TC o al TEDH donde se sigue la línea de concepto amplio de familia, pasar de ser familia, a familias.

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1579</sup> reconoce a la familia como el grupo fundamental de la Sociedad y el medio natural para el crecimiento y su bienestar. Y se

---

<sup>1578</sup> 22. Gobierno de España. Presentación del Componente 22 del PRTR: Plan de choque para la economía de los Cuidados y refuerzo de las políticas de igualdad e inclusión Disponible en <https://femp-fondos-europa.es/documentos/prtr-componente22/>

<sup>1579</sup> Convención sobre los derechos del niño. En vigor desde septiembre de 1990 Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

debe tener en cuenta que la OCDE en el informe “*Evolving family models in Spain. A new national framework for improved support and protection for families*” (2022) (Evolución de modelos familiares en España. Un nuevo marco nacional para mejorar el apoyo y la protección de las familias).<sup>1580</sup> alertó de que la gran pobreza infantil que existió en España en comparación con otros países de la OCDE (uno de cada cinco niños 19,3%) vive en pobreza en comparación con el promedio de la OCDE que es del 12,9%)

Se pretende establecer un Marco estatal de apoyo a los primeros 1000 días<sup>1581</sup>. Esto está orientado a que haya una garantía para que todos los niños y niñas dispongan de condiciones mínimas de bienestar durante la primera etapa de su vida laboral. Entre éstas destacan un entorno de trabajo seguro y saludable, el acceso a un sistema sanitario y educativo universal, de calidad e inclusivo, alimentación saludable y sostenible. También se destaca el apoyo al desarrollo de habilidades parentales, y la ansiada garantía del equilibrio de la vida profesional y privada para las personas adultas responsables de la educación y cuidados de las niñas y niños.

Como advierte ROJO TORRECILLA la disposición adicional primera señala que el desarrollo de las medidas, derechos y garantías, Servicios y apoyos de la Ley queda supeditado a las disponibilidades presupuestarias de las administraciones públicas competentes (importante apunte). Se refiere dicho autor también dos artículos que salvo modificación parlamentaria pretendían ser modificados del ET, los artículos 37.8 y 46.3 del ET. Se pretende matizar el derecho a la reducción de jornada y excedencia para cuidado de dependientes por afinidad.”. Estos derechos por regla general van ligados a períodos largos de duración donde se sufren perjuicios en ingresos y expectativas profesionales.<sup>1582</sup>

---

<sup>1580</sup> *Evolving family models in Spain. A new national framework for improved support and protection for families*” (2022) <https://www.oecd.org/social/evolving-family-models-in-spain-c27e63ab-en.htm>

<sup>1581</sup> Vid Ministerio de Consumo. “Gracias por esos mil primeros días” disponible en [https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/web/nutricion/campanyas/aecosan\\_campanya\\_12.htm](https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/web/nutricion/campanyas/aecosan_campanya_12.htm)

<sup>1582</sup> ROJO TORRECILLA, E. “Contenido laboral del Anteproyecto de Familias. Nota descriptiva y texto comparado con las modificaciones que propone introducir en el Estatuto de los Trabajadores” Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* de 27 de diciembre de 2022 Disponible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/12/contenido-laboral-del-anteproyecto-de.html>

En consecuencia el redactado ha de ser escrupuloso para que no se perpetuen roles, por ser las mujeres las que con mayor frecuencia realizan estos trabajos de cuidados de familiares políticos. Sería más prudente que se limitase el derecho a la reducción de jornada y a la excedencia para el cuidado de familiares por consaguinidad. Esta corrección se alinearía con la corresponsabilidad en el cuidado que exige la Directiva (UE)2019/1158. No obstante, para evitar la desprotección se incluiría el parentesco de afinidad cuando no existiesen familiares por consaguinidad de la persona necesitada de cuidados.<sup>1583</sup>

### 4.3. Plan MECUIDA

El Plan Me Cuida fue una de las medidas que adoptó el Gobierno de forma extraordinaria en el contexto de la pandemia.<sup>1584</sup> Se creó a partir del Rd Ley 8/2020, se adopta a posteriori en el artículo 15 del RD Ley 15/2020, de 21 de abril,<sup>1585</sup> prorroga su vigencia de nuevo mediante la disposición adicional sexta del RD Ley 11/2021, de 27 de mayo<sup>1586</sup>. Este Plan permite a la persona trabajadora flexibilizar su jornada laboral para cuidar tanto de su cónyuge o pareja de hecho y a los familiares de hasta segundo grado de consaguinidad.

Se destaca que no se hace referencia a familiares de segundo grado por afinidad ni tampoco a convivientes por alusión a las nuevas realidades familiares. La doctrina ha entendido que en estos casos debería ser el familiar consaguíneo quien lleve a cabo los cuidados<sup>1587</sup>. Sí es cierto que hay familias dónde sí se cuidan a familiares con el grado de “afinidad”, lo que se debería haberse tenido en cuenta por el o la legisladora. Es una limitación que ya viene recogida en el artículo 48 del RD legislativo 5/2015 (EBEP), y

---

<sup>1583</sup> Idem.

<sup>1584</sup> RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824> artículo 6.

<sup>1585</sup> RD Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4554>

<sup>1586</sup> RD Ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8877>

<sup>1587</sup> BLASCO PELLICER, A. LÓPEZ BALAGUER, M., ALEGRE NUENO, M. RAMOS MORAGUES, F. TALENS VISCOTI, E. (2020) *Análisis normativo de las medidas laborales y de seguridad social frente a la crisis del COVID-19* Editorial Tirant lo Blanch, València, 2020.

que puede llegar a influir en la corresponsabilidad en el tema de cuidados.<sup>1588</sup> Se debe atender no obstante que se limitan casos en los que un hombre pueda cuidar de su suegra por ejemplo.

Dónde sí amplió el ámbito subjetivo fue en la inclusión de la pareja de hecho (no especifica si inscrita o no en registro correspondiente) , loable inclusión que aún no está regulada en el ET. La flexibilidad horaria se establece como prioritaria frente a la reducción de jornada que ha de ser la última alternativa. La disposición adicional tercera del RD Ley 2/2022, de 22 de febrero mantiene la vigencia del Plan hasta el 30 de junio de 2022.<sup>1589</sup>

No se menciona a los funcionarios públicos o a los autónomos por contar con normativas especiales. En fin también hay autores como BARRIOS que manifiestan que la ausencia de medidas alternativas en las y los trabajadores autónomos no tiene excusa ya que las necesidades a cubrir so las mismas.<sup>1590</sup>

El Plan Mecuida también incluye las reducciones de jornada que deben acordarse con la empresa. La reducción supondría una pérdida de salario proporcional al tiempo de trabajo que se reduce, se podría llegar hasta el 100%. Las personas trabajadoras por cuenta ajena deben justificar las circunstancias excepcionales derivadas del COVID-19, por ejemplo la cuarentena de menores en centros educativos. Sí se debe tener en cuenta que se debe justificar y negociar, ya que no es una obligación, sólo se permite.

Se debe poner el énfasis en que aunque son medidas reguladas por una Ley, no es un derecho, no hay una obligación de la empresa de aceptar. La empresa puede justificar su negativa lo que debaja vaciada la norma. Para más inri, la reducción de jornada implicaba pérdida de salario, no todas las personas trabajadoras se lo pueden permitir.

---

<sup>1588</sup> MARTÍNEZ BARBERO, G., GONZÁLEZ RIVAS, J.P. “Conciliación de la vida laboral y familiar durante la pandemia por COVID-19. Plan MECUIDA19” Edita: Instituto Universitario de Estudios de Género de la Universidad Carlos III de Madrid. *Femeris* nº 2 pág. 172.

<sup>1589</sup> RD Ley 2/2022 Disposición adicional tercera. Prórroga de la vigencia del Plan MECUIDA y de las prestaciones y subsidios previstos en los artículos 2, 3 y 4 del RD Ley 32/2020, de 3 de noviembre, por el que se aprueban medidas sociales complementarias para la protección por desempleo y de apoyo al sector cultural. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-2849>

<sup>1590</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L (2020) “Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: PLAN MECUIDA” Aranzadi Thomson Reuter. *Revista Aranzadi doctrinal* número 6 de 2020 pág. 2

Tampoco se tuvo en cuenta en el Plan las familias monoparentales, así ha sido criticado por diferentes sindicatos, entre ellos Unión Sindical Obrera (USO). Se reitera nuevamente la necesidad de profesionalizar los cuidados para evitar brechas de género y la plena integración de la mujer en la vida laboral.

Sea como fuere se pretende impulsar la deseada corresponsabilidad en las tareas de cuidado y la persona trabajadora que lo solicita deberá explicar cómo se repartirá esas labores juntamente con el otro progenitor en su caso. Si hay controversia se deberá acudir a la jurisdicción social (Ley 36/2011, artículo 139).

Los derechos de conciliación corresponsables en el ámbito personal y familiar se deberían consolidar como auténticos derechos fundamentales. Así las cosas la STC 3/2007<sup>1591</sup> fundamentaba el amparo a la resolución judicial que había denegado la reducción de jornada solicitada por la trabajadora: *“Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera casuar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de su sexo, de acuerdo con nuestra doctrina”*

Actualmente el artículo 34.8 del ET ampara el derecho de las personas trabajadoras a solicitar los cambios que considere oportunos en la duración y distribución de su jornada laboral para hacer efectivos sus derechos de conciliación a la vida familiar y laboral. De hecho lo que se contempla en el artículo 34.8 es el derecho a solicitar flexibilidad a la jornada laboral dando un período de 30 días para negociarlo con la

---

<sup>1591</sup>STC 3/2007 de 15 de enero de 2007. BOE de 15 de enero de 2007) Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-3144](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2007-3144)



empresa.<sup>1592</sup> Se debería haber establecido un reconocimiento pleno sin la necesidad de ir a negociación. En estos términos los riesgos psicológicos se ven afectados y se crítica desde estas líneas la falta de legislación en perspectiva de género.<sup>1593</sup>

El RD Ley 8/2020, en su artículo 6.2, con base en el artículo 34.8 del ET se introdujeron matizaciones para dar mayor inmediatez y agilidad. Se reafirma el intento de acuerdo previo como fórmula deseable. Aunque no se aplicaría el plazo de negociación que señala el artículo 34.8 porque se perdería la agilidad que el legislador de urgencia pretende. Así las cosas la STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2020<sup>1594</sup>. Se alegaba por la parte actora que el derecho de conciliación de la vida laboral tiene además de una dimensión de legalidad ordinaria una dimensión constitucional. Se alega también que en el supuestos de Autos no se tuvieron en cuenta que la actora tenía 3 hijos, dos de ellos menores de 12 años y uno de ellos con diagnóstico de DIRECCION004, hecho que implica mayor dedicación.

Más aún la actora tenía la custodia exclusiva de los tres hijos y era víctima de violencia de género. Además no contaba con la ayuda de nadie para el cuidado de los hijos una vez se produce el divorcio, percibiendo un salario escaso de 1000 euros. La actora ocupaba un puesto de recepcionista por las tardes, ya que en el momento que accedió a él no mostro inconveniente al alegar que su pareja cuidaría de los niños. Las solicitudes de cambio de horario se producen en el momento de la separación.

La actora solicitó reducción de jornada y cambio de horario por la mañana. El Ayuntamiento no se ajustó a la legalidad ordinaria que precisa este tipo de solicitudes, aceptó la reducción pero la no concreción del horario. El artículo 37 se debe interpretar con el artículo 34.8. En éste se señala que se debe abrir un período de negociación con

---

<sup>1592</sup> MARTÍNEZ BARBERO, G., GONZÁLEZ RIVAS, J.P. “Conciliación de la vida laboral y familiar durante la pandemia por COVID-19. Plan MECUIDA19” Edita: Instituto Universitario de Estudios de Género de la Universidad Carlos III de Madrid. *Femeris* nº 2 pág. 165.

<sup>1593</sup> Contrastando con el artículo 48.i) del EBEP dónde se señala como permiso del funcionario público: *“atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una rducción de hasta el 50% de la jornada laboral, con carácter retribuido por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.*

<sup>1594</sup> STSJ de Madrid de 17 de noviembre de 2020 (Sentencia 883/2020). Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/753dde279a5dcfb7/20210203>

la persona trabajadora máximo de 30 días, lo que no se produce. Ante el incumplimiento de esta formalidad se accede a la pretensión del demandante.

No se tuvo en cuenta el hecho de ser víctima de violencia de género en la Resolución dictada por no figurar así en la demanda, y en relación a los síntomas de su hijo se debería haber dictaminado por un neurologo por lo que tampoco se tiene en cuenta en la Sentencia. Se declara el derecho de la actora de realizar de forma permanente el turno de mañana con jornada de 8:00 a 14:30 horas de lunes a viernes por razones de guarda legal. No se observó trato discriminatorio por el Ayuntamiento porque hizo todo lo posible durante un tiempo para que trabajase por la mañana.

#### **4.4. Día Nacional de la Conciliación y la corresponsabilidad**

Conforme a la Declaración Institucional del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2022<sup>1595</sup> los cuidados están infravalorados y invisibilizados, a pesar de tener un peso imprescindible para la actividad esencial de la vida y para el sistema socioeconómico. Las principales mujeres que sostienen el régimen de cuidados son las mujeres pobres, las migrantes y las “*racionalizadas*”. No se puede pasar por alto que en la primera ola de la pandemia con los centros educativos cerrados, y sin las redes de apoyo familiar las mujeres fueron principalmente las que asumieron la responsabilidad en su mayor medida como trabajadoras de la salud, cuidadoras, investigadoras, innovadoras, y organizadoras comunitarias. Lo que se visibilizó el nulo avance en el tema de cuidados y corresponsabilidades familiares.

Se le debe dar valor a los cuidados de personas dependientes, menores, personas mayores, enfermas, etc la salud es innata a la vulnerabilidad de la persona humana. Por lo que tal y como se comparte en esta tesis los cuidados se deben profesionalizar y dignificar. Es un dato bastante destacable que las mujeres dediquen a lo que se llamaría trabajos no remunerados 12,5 horas más a la semana que los hombres.<sup>1596</sup>

---

<sup>1595</sup> “Declaración institucional por el Día Nacional de la Conciliación y la corresponsabilidad.” Referencia del Consejo de ministros de 22 de marzo de 2022. Vid. [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20\(2\).aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20(2).aspx)

<sup>1596</sup> Vid. INE Mujeres y hombres. Conciliación trabajo y familia. [https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres\\_hombres/tablas\\_1/10/&file=ctf03002.px](https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=ctf03002.px)

El Gobierno en su manifiesto indicaba que se habían acogido al plan MECUIDA, 1, 13 millones de personas.<sup>1597</sup> Se trataría de que que las solicitudes de que las solicitudes de reducción de jornada, para favorecer la conciliación, se favorecieran el máximo posible. Como bien señala la Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid de 27 de julio de 2021. En este caso se estima la demanda de una trabajadora que había solicitado una reducción del 100% de su jornada laboral (art. 6 del RD 8/2020) y se le había denegado. Consideró la empresa que no estaba en ninguna de las situaciones excepcionales del Plan Mecuida. Por si fuera poco añade que había habido una mejoría de la situación global de la pandemia en España, “*sin ofrecer ninguna solución alternativa concreta alguna sobre la base de las circunstancias organizativas o productivas de la empresa*”

La corresponsabilidad es un valor que debería estar presente en el reparto de tareas domésticas y de cuidados. Lo que ha permitido la COVID-19 es dar visibilidad a todas este trabajo no remunerado con perspectiva de género. Se ve necesario desde este trabajo de investigación que haya políticas públicas que los valoren como derechos. No se puede dejar a la voluntad de la estructura familiar.<sup>1598</sup> Significativa es la Sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón de 29 de agosto de 2019<sup>1599</sup>.

En el supuesto de hecho de la sentencia referida se planteaba que no se pretendía la reducción de su jornada de 35 horas, sino a un turno fijo de mañanas amparado en el artículo 34.8. Indicaba la actora la posibilidad de la empresa (clínica veterinaria) de que se contratase a otro trabajador u otra previsión organizativa. Se debía valorar el interés de la trabajadora, el de la empresa y el resto de trabajadores.

---

<sup>1597</sup> Declaración institucional por el Día Nacional de la Conciliación y la corresponsabilidad.” Referencia del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2022. Vid. [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20\(2\).aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/Paginas/2022/refc20220322v02%20(2).aspx)

<sup>1598</sup> MARTÍNEZ BARBERO, G., GONZÁLEZ RIVAS, J.P. “Conciliación de la vida laboral y familiar durante la pandemia por COVID-19. Plan MECUIDA19” op. Cit pág. 178.

<sup>1599</sup> Juzgado de lo Social de Gijón núm. 3, de 29 de agosto de 2019 338/2019 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ce80bc1b580dabfd/20190913>

El interés de la actora se encuentra justificado a nivel constitucional. Prima principalmente el debido cuidado y tutela de su hijo. En suma, también hay obligación del padre en relación con el niño, lo que no se puede obviar, para una debida corresponsabilidad padre-madre. Hay un claro perjuicio a la empresa por el cambio de horario reclamado. Además, la modificación que pretende la demandante no satisface la finalidad pretendida de cuidado del menor. Con el horario que se demanda de 9:15 a 16:15, el menor necesitaría cuidados de 13 a 15:15 horas

Se concluye por la sentencia que no podría prevalecer sobre el interés de la empresa y de las y los demás trabajadores, la fijación de un turno que no da cumplimiento al objetivo de cuidado del menor en su totalidad. Sea como fuere se requiere una red pública de cuidados que pueda albergar una gran parte de estas tareas. Asimismo se requiere para los profesionales empleos y salarios razonables en línea con sus tareas. Igualmente para las personas cuidadas, que gocen de las máximas garantías y efectividad. Cuando una persona requiere cuidados a nadie se le escapa que se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

En España en el año 2050 hay una previsión que más del 58% de la población sea mayor de 64 años. La posibilidad de ser persona dependiente se incrementa, lo que trae como consecuencia que también haya más demanda de profesionales en tareas de cuidados. También se exigirá que haya mayor inversión económica en cuidados.

#### **4.5. Mención a la Salud, salud laboral y la libre autodeterminación de género**

Se debe poner de relieve, aunque sea a nivel de mención, el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos LGTBI. Se aprobó en Consejo de Ministros en fecha 27 de junio de 2022. El Gobierno de España lo considera como una reparación histórica para un colectivo vulnerado y estigmatizado.<sup>1600</sup>. En fecha 22 de diciembre de 2022 se aprobó por el Pleno del Congreso de los

---

<sup>1600</sup> Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos LGTBI. Disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627\\_cc.aspx#derechos](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627_cc.aspx#derechos)

Diputados el Proyecto de Ley por 188 votos a favor, 150 en contra y 7 abstenciones. El texto continuará su tramitación en el Senado.<sup>1601</sup>

En fecha 1 de febrero la Comisión de Igualdad de la Cámara Alta avaló el informe de la ponencia del proyecto de Ley, salvo por dos modificaciones técnicas que no cambiarían el sentido de la norma. Ahora debe darle el visto Bueno el Pleno del Senado y con posterioridad pasar a su aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados.<sup>1602</sup>

Se articula en setenta y siete artículos estructurados bajo un título preliminar, otros cuatro títulos, más un conjunto de disposiciones adicionales, transitorias y finales. El objetivo es garantizar y el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI). En la iniciativa se señala que se pretende: “*la garantía de los derechos*” de las pensiones LGTBI porque “*remueve los obstáculos que les impide ejercer plenamente su ciudadanía*”<sup>1603</sup>

La discriminación de estos colectivos afecta directamente al derecho a la protección de la salud, y a la salud laboral. Deberían ser aspectos a tener en cuenta en la evaluación de riesgos laborales de cada empresa. En el ámbito laboral se prevé iniciativas como la elaboración de códigos éticos y protocolos, la posibilidad de introducir cláusulas de promoción y prevención de todo tipo de discriminación.<sup>1604</sup>

Durante la fase de ponencia se introdujo en el artículo 54 un apartado en el que se indicaba el Ministerio de Sanidad: “*Velará por el suficiente abastecimiento de los medicamentos empleados en los tratamientos hormonales para personas trans y*

---

<sup>1601</sup> Congreso de los Diputados. “Nota de prensa de 22 de diciembre de 2022 “El Pleno aprueba el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y se remite al Senado”

<sup>1602</sup> “Dos correcciones en el Senado retrasarán al menos un par de semanas la entrada en vigor de la Ley trans” 1 de febrero de 2023 Disponible en <https://www.epe.es/es/igualdad/20230201/ley-trans-senado-retraso-congreso-82315212>

<sup>1603</sup> Congreso de los Diputados. “Nota de prensa de 22 de diciembre de 2022 “El Pleno aprueba el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y se remite al Senado”

<sup>1604</sup> Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos LGTBI. Disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627\\_cc.aspx#derechos](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627_cc.aspx#derechos)

*supervisar su suministro, a fin de evitar episodios recurrentes de desabastecimiento”.*

1605

En el ámbito de la salud se señala que las actuaciones que se desarrollen desde el ámbito de las administraciones públicas deben tener en cuenta la necesidad de las personas LGTBI. Se prohíbe cualquier programa, conversión que tuviesen como destino modificar la identidad o orientación sexual. También se garantiza que no haya discriminaciones a la hora de acceder a técnicas de reproducción asistida. Hay un mandato a la administración pública para la atención de personas trans y poder garantizar la formación del personal sanitario.<sup>1606</sup>

## **5. SALUD, SALUD LABORAL, Y CAMBIO CLIMÁTICO**

Los cambios climáticos son cambios a largo plazo de temperaturas y patrones climáticos. Se pueden dar por cambios en el ciclo solar o como está ocurriendo por la actividad humana. Esto se debe a la quema de combustibles fósiles (carbón, petróleo y gas). Al generar gases de efecto invernadero producen un incremento de la temperatura. Este nuevo contexto genera y generará efectos en la protección a la salud y en el trabajo<sup>1607</sup>. En este aspecto se verá especialmente los efectos del cambio climático en la salud laboral.

### **5.1. Seguridad y salud en el trabajo y cambio climático**

Las temperaturas más elevadas y los trabajos en el exterior requieren de una protección y prevención exhaustiva. En el ET el artículo 4.2 d) señala: *“En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: ... d) A su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales”* Por su parte, el artículo 21. 2 de la LPRL prescribe que: *“... el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo*

---

<sup>1605</sup> Congreso de los Diputados. “Nota de prensa de 22 de diciembre de 2022 “El Pleno aprueba el Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI y se remite al Senado”

<sup>1606</sup> Proyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos LGTBI. Disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627\\_cc.aspx#derechos](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20220627_cc.aspx#derechos)

<sup>1607</sup> Naciones Unidas. Acción por el clima. Disponible en <https://www.un.org/es/climatechange/what-is-climate-change> (consultada junio 2022).

*grave e inminente para su vida o salud*” Además las y los empresarios en estos casos no pueden exigir a las personas trabajadoras que reanuden la actividad mientras persista el peligro, salvo excepción por razones de seguridad (debidamente justificada y determinada reglamentariamente).

De hecho, ya el mismo artículo se titula:” *Riesgo grave e inminente*”. Se estructura en cuatro apartados. En el primero se relacionan las obligaciones de las y los empresarios frente a un riesgo grave e inminente. En concreto se detallan tres obligaciones que se concentran en: informar con inmediatez a las y los trabajadores, dar instrucciones para que se pueda interrumpir la actividad y abandonar el puesto de trabajo, y disponer todo lo necesario para que la persona trabajadora que no se pueda poner en contacto con su superior jerárquico pueda en base a sus conocimientos y medios técnicos, adoptar medidas necesarias para evitar el peligro.

El apartado 2 del artículo 21 ya visto, es una extensión del artículo 14.1 de la misma Ley “*Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*”. El apartado 3 del artículo 21 se refiere al caso que el empresario o empresaria no adopte las medidas necesarias, que es aquí dónde juegan un papel importante los representantes de las y los trabajadores. Estos por mayoría de sus miembros pueden acordar la paralización de la actividad. Se comunica la decisión a la empresa y a la Autoridad Laboral que puede en 24 horas anular o ratificar la la paralización acordada. Esta decisión sino se pudiese adoptar por la representación de personal puede ser adoptada por los delegados de prevención.

En este contexto se configura la prevención de riesgos laborales como un límite al deber de obediencia al empresario o empresaria. Sea como fuere la referencia principal mundial es la Agenda Social mundial 2030 y los “ODS”. Un planeta que sino está sano también constituye una amenaza para los ODS. Las tres crisis planetarias que más se resaltan: el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, contaminación y residuos. Se requiere una gran transformación dónde se incida en las direcciones de estrategia económica.

En este sentido se expresan los líderes mundiales en las Conferencias de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. En junio de 2022 se celebró en Estocolmo (Suecia)

una reunión internacional, bajo el lema “Estocolmo+50”. Se conmemoró la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano de 1972 y se celebró 50 años de la acción medioambiental mundial. Se incidió en la necesidad y urgencia que supone redireccionar la economía global.

Y sobretodo se insta a poner el foco en la relación de la humanidad con la naturaleza, deben ir de la mano. Afecta a todos los ámbitos incluida la salud laboral. La idea sería ahondar en una economía circular y regenerativa. Se incide que se debe dar un paso más y no considerar sólo el Producto Interior Bruto como medida de progreso. En 2022 está previsto que la Conferencia Anual sobre el Cambio Climático se celebre en Sharm-El-Sheikh (Egipto), la última fue en Glasgow en 2021<sup>1608</sup>

En suma, lo que se pretende es analizar medidas de adaptación a la crisis climática, reparación de pérdidas y daños causados y apoyo a los países en vía de desarrollo. Un punto clave es abordar el calentamiento global que se acelera con rapidez pese a todos los obstáculos preexistentes y actuales tan lamentables como la pandemia o la guerra. Se necesita la colaboración de los países más desarrollados para reducir las emisiones del carbono. Hay que anticiparse ahora antes de que las consecuencias más negativas del cambio climático lleguen.

La OIT celebró el compromiso de los Ministros de Trabajo y Empleo del G7 de que se emprendan acciones para una transición justa para la neutralidad del carbono, creación de trabajo decente para una economía verde. Así se recogió en la Declaración Ministerial emitida al final de su reunión en Wolfsburg, Alemania<sup>1609</sup>. Se realizaría a partir de tres rutas: la inversión en competencias para empleos verdes (en especial adultos poco cualificados), la ampliación de la protección social para proteger los ingresos y facilitar las transiciones, y la mejora de la SST para proteger los nuevos riesgos generados por el cambio climático.

---

<sup>1608</sup> ONU Programa para el medio ambiente Estocolmo+50 <https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/estocolmo50-se-inaugura-con-un-llamado-acelerar-la-consulta-junio-2022>

Naciones Unidas. Acción por el clima. <https://www.un.org/es/climatechange/why-2022-will-matter-climate-action-0>

<sup>1609</sup> Ministros de trabajo y empleo del G7. Declaración Ministerial emitida al final de su reunión en Wolfsburg, Alemania, 24 de mayo de 2022.



Dentro de los ODS, la lucha contra el cambio climático se aborda en el Objetivo 13: “adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos”. Se pretende promover un modelo de interacción entre la sostenibilidad ambiental y la sostenibilidad social. Es decir, sería un objetivo transversal, se refleja cuando se indica “la era del desarrollo sostenible”. La lucha contra el cambio climático debería asentar las bases de la economía mundial, dejando atrás el modelo basado en el carbono. Éste no sólo afecta a la economía sino a la exclusión social. El sistema bancario también se une a esta economía financiera verde.<sup>1610</sup> En este sentido los Objetivos de la Cumbre de París de diciembre de 2015<sup>1611</sup> se suscribieron por 170 países, y lo que se pretendía era una economía baja en carbón. De esta forma se estableció reducir las emisiones en un 40% en el horizonte 2030. En base a este objetivo de emisiones cero los modelos de negocio se pueden ver modificados o simplemente desaparecer, factor que se debe tener en cuenta a la hora de invertir.<sup>1612</sup>

El modelo económico y de mercado de trabajo pretende ser un modelo productivo: “verde, digital e inclusivo: (Equidad de género y colectivos especialmente vulnerables)”. El objetivo es que la transición ecológica resulte justa socialmente. Desde Europa se insiste en que el “Pacto Verde Europeo” sea la base para el Pacto para la recuperación económica (NewGeneration EU).<sup>1613</sup>

En España una primera regulación en línea con el modelo productivo digital, verde e inclusivo fue el RD Ley 28/2020 y el artículo 47bis del EBEP <sup>1614</sup> . El teletrabajo

---

<sup>1610</sup> MIÑARRO YANINI, M.” Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica” Bomarzo *Revista de derecho social* núm. 93 de 2021 pág. 58 y 59.

<sup>1611</sup> NACIONES UNIDAS. Acción por el clima. El Acuerdo de París. El acuerdo establece reducir sustancialmente las emisiones de gases de efecto invernadero para limitar el aumento de la temperatura preferiblemente a 1,5 grados centígrados, revisar los compromisos cada cinco años y ofrecer ayuda financiera a los países en desarrollo El Acuerdo es un tratado internacional legalmente vinculante. Entró en vigor el 4 de noviembre de 2016.

<sup>1612</sup> GARIJO, M. “Las finanzas sostenibles se cuelan e la agenda de los bancos: por qué ahora les preocupa el medio ambiente” Disponible en [Las finanzas sostenibles se cuelan en la agenda de los bancos: por qué | Business Insider España](#) (Consulta junio 2022).

<sup>1613</sup> Junto con la Ley Europea del Clima (2021), forma parte del Pacto Verde Europeo, la UE convierte el compromiso político de alcanzar las emisiones netas cero en una obligación legal. Vid. [https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/cambio-climatico/20180703STO07129/respuestas-de-la-ue-al-cambio-climatico?xtor=SEC-169-GOO-\[Climate Change\]-\[Responsive\]-S-\[pacto%20verde%20europeo\]](https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/priorities/cambio-climatico/20180703STO07129/respuestas-de-la-ue-al-cambio-climatico?xtor=SEC-169-GOO-[Climate Change]-[Responsive]-S-[pacto%20verde%20europeo]) Respuesta de la UE al cambio climático. (consulta junio 2022).

<sup>1614</sup> Se introdujo por el RD Ley 29/2020 de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el SNS para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19. (BOE de 30 de septiembre de 2020) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-11415>

constituiría un factor importante para la reducción de la degradación medioambiental. Si bien es cierto que la principal conexión entre teletrabajo y crisis climática se produjo por la emergencia de la pandemia del COVID19. El confinamiento como medida para hacer frente a la pandemia trajo consigo la reducción de la contaminación ambiental.

Como fenómeno atmosférico en plena tercera época de la pandemia destaca la borrasca “Filomena”, dónde tuvo mayor incidencia fue en Madrid y Castilla la Mancha, declaradas “zonas catastróficas”. Lamentablemente no quedará como un episodio aislado debido al cambio climático. Contexto en el que se encuadra también la zoonosis, como la Covid19. Así, la comunidad científica señala que la diversidad de animales y plantas es un escudo para las enfermedades infecciosas, al destruir los ecosistemas se facilita que los virus se propaguen al ser humano, por ejemplo en acciones como la deforestación. La idea es llegar “*hacia una economía sostenible, resiliente y baja en emisiones de carbón*”. Lo cual muestra que ningún país puede vivir aislado, sino que estamos interconectados.<sup>1615</sup>

### **5.1.1. Teletrabajo y cambio climático**

Por lo que se refiere al papel del teletrabajo y los ODS relacionados con un ambiente más saludable se debe principalmente a la reducción de la movilidad en transporte público o privado. Así se destacan los “Planes de desplazamiento de Empresa” o “Planes de Movilidad de Empresa” como herramientas para una gestión optimizada de la movilidad. A causa de la reducción de la movilidad se consiguen ciudades más saludables y lucha contra el cambio climático. Por añadidura también se consigue la reducción de los accidentes de trabajo, sobre todo los “*accidente in itinere*” ( dónde se debe tener en cuenta la perspectiva de género ya que hay mayor incidencia de mujeres que de hombres que sufren accidentes in itinere).<sup>1616</sup>

Valga precisar que no siempre la movilidad hacia los centros de trabajo se realiza de “*una forma contaminante*”, se puede ir a pié, en bicicleta, transporte público

---

<sup>1615</sup> Ayuda en acción.” Covid -19 y cambio climático: cinco lecciones que nos deja la pandemia” <https://ayudaenaccion.org/blog/sostenibilidad/covid-19-cambio-climatico/> (consulta junio 2022).

<sup>1616</sup> MIÑARRO YANINI, M.” Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica” op. Cit pág. 65 y 66.

ecosostenible. El teletrabajo será empleo verde<sup>1617</sup> si se consigue lograr la neutralidad carbónica. En consecuencia podrá ser empleo verde si la fuente de energía que se utiliza es renovable, hay criterios de eficiencia y ahorro energético. También se debe tener en cuenta que desarrollando la prestación laboral en los domicilios se multiplican los puntos de consumo individual de energía (así por ejemplo los aparatos de climatización).<sup>1618</sup>

Otra matización a tener en cuenta en el teletrabajo es la polución digital medioambiental. Es decir el teletrabajo genera un envío importante de emails y mensajes, en el trabajo presencial la comunicación es inmediata, directa y sin necesidad de tantos emails. Sí es verdad que la polución dependerá de si llevan adjuntos archivos o no entre otros factores, pero no es para menospreciar el dato que la actividad de envío de emails a nivel mundial se equipara a la actividad de 890 millones de vehículos. Otro dato más a destacar es el deterioro informático debido a su uso constantem sólo se recicla el 17%. Para más inri los residuos se envían ilegalmente a lugares pobres, cómo si a la larga no hubiese una afectación en todo el planeta por lo que se comentaba de que todos los países necesitan de todos.<sup>1619</sup>

Para que el teletrabajo contribuya a la sostenibilidad ambiental se deberían tener en cuenta los matices indicados. De igual manera se necesitaría tomar medidas como la adecuación del domicilio o los medios laborales. Principalmente se debería poner el foco en el uso de energías 100% renovables, supondría un avance en términos económicos porque se incrementaría la demanda y consumo de energías renovables. Y una medida fácil de llevar a cabo es apagar el dispositivo informático terminada la jornada laboral, lo que a la par facilitará la desconexión digital.

La LPRL enumera en su artículo 15 como principios de acción preventiva: “*Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la*

---

<sup>1617</sup> OIT. “¿qué es un empleo verde?” *Será empleo verde los empleos decentes que contribuyen a preservar y restaurar el medioambient ya sea en los sectores tradicionales como la manufactura o la construcción o en nuevos sectores emergentes como las energías renovables y la eficiencia energética.* Disponible en [https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS\\_325253/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_325253/lang--es/index.htm)

<sup>1618</sup>MIÑARRO YANINI, M.” Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica” op. Cit pág. 69.

<sup>1619</sup> Ibidem. 70.

*influencia de los factores ambientales en el trabajo*”. En el caso del teletrabajo se trataría de buscar el confort climático y lo que ayuda sin duda es la formación (conocimientos ergonómicos, ambientales...) tanto del empresario o empresaria como de la persona trabajadora. (artículo 19 de la LPRL)

Sería interesante establecer el teletrabajo por razones de protección medioambiental. Realmente en momentos de catástrofes naturales el teletrabajo permite la continuidad laboral. En el caso de la realización de juicios en los Tribunales el retraso de los mismos por causas como una pandemia se podría minorar si se aplicase la justicia telemática. Es decir, la aplicación del teletrabajo por fuerza mayor medioambiental. Otro momento dónde aplicarlo podría ser en los casos de contaminación del aire por encima de los índices óptimos. <sup>1620</sup>

“Empleo Eco” sería en el que concurren dos de los tres rasgos siguientes: sostenible, inclusivo y digital. Así, los trabajos en plataformas digitales no se podrían considerar empleos verdes, sino se garantizan las condiciones de empleo decente, aunque se desplazan en bicicleta. Por todas las razones expuestas el teletrabajo no puede considerarse *per se* empleo sostenible, lo será en base a las características en que sea desarrollado. Es decir cuando provoque menos impacto climático que las otras alternativas posibles. Lo que sí no cabe duda que el cambio climático es un gran problema, que afecta a todo el planeta, a todos los seres vivos y por ende también a la salud. <sup>1621</sup>

### **5.1.2. Riesgos profesionales y cambio climático**

La salud puede quedar afectada con el aumento de patologías respiratorias agudas y crónicas, dermatitis, cáncer de piel, golpes de calor, enfermedades mentales... o incluso resbalones o caídas en situaciones climatológicas adversas. No se dispone de un reconocimiento explícito en la LPRL de los riesgos relacionados con el medioambiente, sobre todo en las evaluaciones de riesgos. Este hecho no comporta una absolución de

---

<sup>1620</sup> MIÑARRO YANINI, M.” Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica” op. Cit pág. 75

<sup>1621</sup> Idem pág. 80.

responsabilidades.<sup>1622</sup> Así lo pone de relieve la STS 141/2021, de 15 de marzo sobre la indemnización de daños a una empresa que utilizaba el amianto. (es de la Sala Primera del TS pero merece ser destacada). Se acreditaba relación de causalidad entre las afecciones alegadas por los demandantes y la actividad industrial desarrollada en la factoría de Uralita S.A utilizando el amianto.

La inhalación de fibras del amianto es causante de patologías relacionadas con la salud tanto de las personas trabajadoras de la empresa, como de sus familiares convivientes (pasivos domésticos), como de las personas que vivían cerca de la fábrica (pasivos ambientales). No se observa el deber por la empresa de prevención, a pesar de conocer que su actividad era peligrosa y que debía extremar precauciones en la contaminación ambiental.<sup>1623</sup>

Otras sentencias que merecen ser puestas de relieve, son la STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2007<sup>1624</sup> y la STSJ de Cataluña de 30 de octubre<sup>1625</sup>. En la primera se estudiaba un supuesto de accidente de trabajo dónde en la evaluación de riesgos se debía incluir tanto los riesgos laborales como los ambientales. Se señala que el hecho de que la empresa demandante encargase a una unidad especializada en estudios geológicos un informe sobre el terreno donde se iba a trabajar no le exime de las obligaciones de los artículos 14.1 y 3 de la LPRL.

En la segunda sentencia citada en el párrafo anterior se tiene en cuenta la omisión del riesgo ambiental por parte de la empresa para el recargo por omisión de medidas de prevención de riesgos laborales. Se había producido por parte de la Administración un incumplimiento del deber que tiene el empresario de garantizar la vigilancia periódica de la salud de las personas trabajadoras y sobre todo a las que sean especialmente sensibles a determinados riesgos.

---

<sup>1622</sup> Ibidem 129.

<sup>1623</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Resolución de 15 de marzo de 2021. 141/2021 Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/4cddb5a0426e2ce6/20210322> (consulta junio 2022).

<sup>1624</sup> STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2007 (núm. 132/2007) Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/29f2aa06783f2a37/20070704>

<sup>1625</sup> STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2006 (núm. 7369/2006) Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f0b804f2d491610d/20070208>

En suma, las personas trabajadoras son y serán uno de los colectivos a quién más les va a afectar el cambio climático. La sinergia entre medioambiente natural y medioambiente de trabajo es muy clara. Se advierte que la LPRL debiera integrar una previsión legal específica e integral entre el cambio climático y la SST. No se puede dejar a la invisibilidad de que hay que normalizarlo y aceptarlo sin más. Es una condición de trabajo que afecta al medioambiente de trabajo y en consecuencia puede ser óbice a generar un riesgo profesional con lesiones físicas y psíquicas.<sup>1626</sup>

Sí que algunos de los riesgos existentes en el medio de trabajo: riesgos físicos, térmicos o radiaciones ionizantes que derivan de fenómenos atmosféricos se incluyeron en la acción preventiva desde el inicio de su regulación. En relación a riesgos derivados de la exposición al sol están recogidos en el RD 486/1997<sup>1627</sup> y para las obras de construcción en el RD 1627/1997.<sup>1628</sup> Lo que faltaría tenerlos también en cuenta en las evaluaciones de riesgos realizadas por las empresas.

Lo que la prevención actualmente no prevé es poder acoger los riesgos derivados del calentamiento global. No se actúa en paralelo en relación con el impacto que ya ha producido el cambio climático en general en el planeta y en la vida de las personas. La inteligencia artificial podría ser un muy buen medio para paliar estas necesidades preventivas, vgr, artículo 15.1 e) LPRL, uno de los principios de la acción preventiva es *“tener en cuenta la evolución de la técnica”*<sup>1629</sup>

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética<sup>1630</sup> tiene como objetivo que a más tardar en el año 2050 se alcance la neutralidad de emisiones. En otras palabras que se llegué a emitir la cantidad de gases de efecto invernadero que

---

<sup>1626</sup> GONZÁLEZ COBALEDA, E. “La conexión entre los riesgos profesionales y los riesgos derivados del cambio climático” op. Cit pág. 144.

<sup>1627</sup> Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. (BOE de 23 de abril de 1997) Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-8669>

<sup>1628</sup> RD 1627/1997, de 24 de octubre por el que se establecen disposiciones mínimas en las obras de construcción. (BOE de 25 de octubre) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-22614>

<sup>1629</sup> RIVAS VALLEJO, P. “El cambio climático como factor modificador de la exposición a los riesgos del trabajo” AA.VV. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* Tomo II. ORTIZ CASTILLO, F. (director Editorial) Editorial: Laborum Murcia 2020 pág. 253 y 254.

<sup>1630</sup> Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (BOE de 21 de mayo de 2021) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8447>

sus sumideros puedan absorber. En suma, las personas trabajadoras deberán participar más activamente en todos los asuntos relacionados con la gestión del medio ambiente, seguridad y salud en los lugares de trabajo o el desarrollo de planes de formación. Es prioritario también que las empresas elaboren planes de prevención vinculados a los efectos del cambio climático.<sup>1631</sup>

Se hace menester mencionar el art. 160 de la LGSS que expresamente se refiere a que: “*en ningún caso serán objeto de protección por el Régimen General los riesgos declarados catastróficos al amparo de su legislación especial*”. El cambio climático tendrá efectos en el ámbito laboral y en la protección social. Tal y como señala CAMOS en base al artículo 160 transcrito se debería profundizar más allá de las medidas específicas de seguridad social contra los riesgos socionaturales. Un campo que está reservado al ámbito privado y sería interesante adecuar la Seguridad Social a estos riesgos emergentes y apostar la dimensión medioambiental.<sup>1632</sup>

En nota de prensa en la web de la Moncloa de 17 de junio de 2022 se anunciaba la puesta en marcha por la Inspección de Trabajo el Plan especial para proteger a las y los trabajadores de los riesgos ante la exposición a altas temperaturas. Se tiene especial consideración en sectores como la actividad agraria, la construcción, hostelería e industria y actividades que se desarrollen al aire libre como la jardinería, recogida de residuos o limpieza viaria. Se realizará un envío masivo de cartas a las empresas para informar sobre las medidas para el golpe de calor.<sup>1633</sup>

## **5.2. Estrés térmico y trabajo decente**

Se define estrés térmico como el “*exceso de calor que recibe el cuerpo por encima de los niveles que éste podría tolerar sin menoscabo de sus capacidades fisiológicas.*” Los

---

<sup>1631</sup> CAMÓS VICTORIA, I. “El cambio climático y los riesgos emergentes sobre la SST de los trabajadores: Hacia una integración más efectiva de la dimensión medioambiental en el ámbito laboral y de la protección social” AA.VV. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* Tomo II. ORTIZ CASTILLO, F. (Director Editorial) Editorial: Laborum Murcia 2020 pág. 465.

<sup>1632</sup> Ibidem, 478 y 479.

<sup>1633</sup> La Moncloa. “La inspección de trabajo activa el Plan Especial para proteger a trabajadores y trabajadoras de los riesgos ante la exposición a las altas temperaturas” Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2022/170622-inspecciontrabajo.aspx>

sectores más afectados són construcción y agricultura. Aunque no haya víctimas mortales las altas temperaturas pueden anular la capacidad para trabajar. Depende de la persona le puede más o menos por eso en base al artículo 26 de la LPRL se tendría que tener en cuenta en las evaluaciones de riesgos y sobre todo prevenir. Es de suma importancia también porque con una esperanza de vida mayor si la persona trabajadora decide alargar su vida laboral la resistencia al estrés térmico es menor. Haciendo hincapié en la transversalidad de la perspectiva de género que establece la LOI las mujeres menopáusicas tendrán también más problemas en soportar altas temperaturas.<sup>1634</sup>

También obstaculiza la actividad económica, las horas de más calor trabajar al aire libre es realmente un riesgo letal. Es la empresa la que debe adaptar los cambios horarios. Sino se toman medidas por parte de toda la población para mitigar el cambio climático los costes serán muy altos cuando las temperaturas vayan subiendo aún más. Las previsiones no parecen ser muy alentadoras, ya que para el año 2030 se perderá al año más del 2% del total de horas de trabajo en el mundo por demasiado calor o por trabajar a un ritmo más lento. En las relaciones laborales las medidas de prevención de riesgos y el diálogo social deberán estar presentes para por ejemplo ajustar horarios.

En las directrices de “Política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos” de la OIT de 2015<sup>1635</sup> ya se indicó que en la reunión 102ª de la reunión de la CIT (2013) se adoptó una resolución y un conjunto de conclusiones que exponían un marco de políticas para una transición justa. Se instaba a los diferentes países a que evaluaran los nuevos riesgos y seleccionar las medidas de prevención más adecuadas. Aquí un papel esencial las evaluaciones de riesgos y los técnicos en prevención de riesgos laborales.

---

<sup>1634</sup> OIT. Informe Trabajar en un planeta MÁS CALIENTE. El impacto del estrés térmico en la productividad laboral y el trabajo decente. Ginebra 2019 Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_768707.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_768707.pdf)

<sup>1635</sup> OIT. “Política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos” de 2015 Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---edemp/---ent/documents/publication/wcms\\_432865.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---edemp/---ent/documents/publication/wcms_432865.pdf)



Estas medidas que ayuden a reducir las consecuencias del cambio climático son básicas para conseguir el trabajo decente: diálogo social, protección social, derechos en el trabajo y empleo. De igual manera es básico para conseguir el desarrollo sostenible, el que permite satisfacer las necesidades de la generación actual sin restar capacidad a las generaciones futuras y se relaciona las dimensiones social, económica y ambiental. Los países más afectados por el estrés térmico son los que tienen más déficit en el trabajo decente. Se prevé que Asia Meridional y África Occidental sean las más perjudicadas, en general las regiones tropicales o subtropicales, ya que son regiones donde más prevalece agricultura, ganadería o construcción. Por añadidura, son regiones, densamente pobladas que están caracterizadas por elevadas tasas de informalidad y Trabajos vulnerables lo que no ayuda a que el riesgo laboral del estrés térmico sea menor.<sup>1636</sup>

Es más, el estrés térmico puede ser causa para que una persona trabajadora decida migrar, y es una realidad que el estrés térmico propicia la migración a otros países. El Acuerdo de París de Naciones Unidas de 12 de diciembre de 2015<sup>1637</sup> señala que el cambio climático es una de las primeras causas de migración. Estas personas trabajadoras acostumbran a ser colectivamente vulnerables al estrés térmico por las ocupaciones que realizan.<sup>1638</sup> Lo que está claro es que si se quiere cumplir con los objetivos de la Agenda 2030 se deberá mejorar la capacitación de adaptación de las personas trabajadoras.

El hecho de que el Convenio 155 haya pasado a ser desde junio 2022 convenio fundamental de la OIT debería propiciar que se tomen medidas sobre este tema. Se deberá tener en cuenta que en las evaluaciones de riesgo la productividad laboral disminuye cuando la temperatura supera los 24 a 26 grados, al alcanzar los 33 o 34 grados las personas trabajadoras pierden el 50% de su capacidad. Aunque no se trabaje

---

<sup>1636</sup> OIT. Informe Trabajar en un planeta MÁS CALIENTE. El impacto del estrés térmico en la productividad laboral y el trabajo decente. Ginebra 2019 Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_768707.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_768707.pdf)

<sup>1637</sup> Naciones Unidas. Acuerdo de París. 2015 disponible en [https://unfccc.int/sites/default/files/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf) (consultado en enero 2023)

<sup>1638</sup> Portal de datos sobre migración. Una perspectiva global. Migración por motivos ambientales. Actualizado a junio de 2022 Disponible en [https://www.migrationdataportal.org/es/themes/environmental\\_migration](https://www.migrationdataportal.org/es/themes/environmental_migration)

en el exterior, en el interior de las empresas sino se regula la temperatura se pueden correr los mismos riesgos. Un alto nivel de temperatura produce fatiga psíquica.<sup>1293</sup>

El nivel estrés que sufre la persona trabajadora en un lugar donde hace calor está influenciado por cuatro factores ambientales: la temperatura, la humedad, el calor irradiado y la velocidad del viento (Instituto de Medio Ambiente y Seguridad Humana de las Naciones Unidas- EHS, 2018). La exposición al calor extremo puede producir enfermedades profesionales y pérdidas productivas, como efectos negativos. Los riesgos de SST se ven agravados en los lugares mal ventilados y sin sistemas de refrigeración.

El exceso de calor puede producir hipertermia, y incluso la muerte. No está de más recordar el trabajador fallecido en 2017 mientras asfaltaba una carretera a más de 170 grados en Morón de la Frontera. Estaba trabajando a más de 40 grados con alerta naranja. La investigación reveló que no había coordinador de seguridad laboral. Además, si se hubiesen seguido las prescripciones del Convenio Colectivo hubiese podido terminar su jornada a las 14:30 horas. Lo alarmante y denigrante es que a las 21:00 estuviese trabajando a 41 grados.<sup>1292</sup>

Sea como fuere la distribución del estrés térmico en el mundo no es igual, siendo las áreas tropicales y subtropicales las más afectadas. Se deberá programar el trabajo, diálogo social y períodos de descanso razonables para que se reduzca la fatiga térmica en sus cuerpos. En las ciudades se produce el fenómeno de las islas de calor urbana que hace referencia a áreas urbanas o metropolitanas más cálidas que las áreas rurales cercanas. Esto es consecuencia de la absorción de calor solar por parte de los edificios y carreteras y de las actividades humanas. En fin, el cambio climático está alterando las economías de los países es una realidad urgente: los sistemas meteorológicos están cambiando, los niveles del mar están subiendo y los fenómenos meteorológicos son cada vez más intensos.<sup>1639</sup>

En términos de PRL se debería tener en cuenta en las evaluaciones de riesgo: más información sobre las condiciones de trabajo, adaptar los equipos de trabajo o mejorar

---

<sup>1639</sup> Naciones Unidas. Apoyar el desarrollo sostenible y la acción climática. Disponible en <https://www.un.org/es/our-work/support-sustainable-development-and-climate-action>

las tecnologías para que pueda ser más fácil la gestión de las altas temperaturas. El diálogo está llamado también a jugar un papel importante a través de la negociación colectiva. Los instrumentos para controlar el estrés térmico son: *“promover la SST, diálogo social, transformación estructural de la agricultura, desarrollo de empresas responsables y sostenibles (o empresas verdes)”*<sup>1291</sup>.

En suma, existe una conexión inevitable entre el cambio climático y el ámbito laboral, por las condiciones ambientales, ya que son condiciones de trabajo. El artículo 4 de la LPRL define las condiciones de trabajo como *“cualquier característica de este que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la SST. b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia”* De igual modo el cambio climático comprende también los ciclones, lluvias abundantes, sequías. Es decir, cualquier condición de trabajo peligrosa y con alta probabilidad de daño hacia la integridad física y psicológica de la persona.<sup>1294</sup>

## **6. MENCIÓN AL SNS Y LAS NUEVAS REALIDADES SOCIALES, DEMOGRÁFICAS, LABORALES Y LA SANIDAD PRIVADA**

En el contexto de las nuevas realidades sociales, demográficas, laborales y medioambientales se debería poner el acento en el SNS español. En este sentido hay dos vertientes a considerar la distribución competencial en las CCAA y la asistencia sanitaria privada. Saber conjugar bien estas coordenadas puede ser bastante significativo a nivel de efectividad.

### **6.1. Organización Estructural del SNS**

La base de cualquier sistema para un buen funcionamiento es la coordinación entre las distintas Autoridades Sanitarias y niveles de actuación sanitaria. Así en sanidad exterior, está prevista la necesaria colaboración entre Administración Estatal y Autonómicas. En la legislación sobre productos farmacéuticos, las CCAA tienen competencia en ejecución. Por lo que se refiere a la legislación básica de sanidad como se ha visto le corresponde al Estado, para establecer una igualación mínima en el funcionamiento de los servicios.

La coordinación se debe entender como la fijación de medios y sistemas que puedan dar como resultado la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta. Es la LGS la que recoge los principios e instrumentos relacionados con la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta. Se crea también el Consejo Interterritorial como se ha podido estudiar en el capítulo tercero de esta tesis.<sup>1640</sup>

El eje del modelo del SNS son las CCAA, “*administraciones suficientemente dotadas*”, así lo pone de manifiesto el artículo 50 de la LGS. Los servicios sanitarios son responsabilidad de las CCAA y el poder de dirección se deja en manos del Estado. El artículo 4 de la LGS prescribe: “*Tanto el Estado como las CCAA, y las demás administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere este título dentro de una concepción integral del sistema sanitario*”.

En resumidas cuentas la pandemia que ha provocado la COVID-19 ha demostrado la suficiencia gestora de las corporaciones locales en lo que serían las competencias, deficiencias gestoras en la coordinación estatal y insuficiencia de recursos. En un momento tan importante para la protección de la salud el mando único del Estado se ha visto deficiente debido a la insuficiencia de sus estructuras gestoras sobre todo en la primera ola de la pandemia.<sup>1641</sup>

Se ha reflejado la insuficiencia de una política de recursos humanos, de contratación pública, de los servicios de atención primaria, vigilancia de la salud pública, y prevención y asistencia sanitaria en las residencias de personas mayores. El sistema es válido a nivel de organización estructural, lo que se debería es reforzarlo. En el sistema de salud tal y como está organizado y financiado<sup>1642</sup> la coordinación también es básica

---

<sup>1640</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Capítulo IV “*De la coordinación General Sanitaria*”. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499>

<sup>1641</sup> TRILLO GARCÍA, A.R. “El impacto del COVID-19 sobre la gestión de sanidad en España. Implicaciones de presente y de futuro y papel de las entidades locales” en AAVV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19* Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P.P, MORENO VIDA, N., VILA TIerno, F, ÁLVAREZ CORTES, C. (directores) Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi Cizur Menor, 2021 pág. 538.

<sup>1642</sup> La reforma del sistema de financiación de la sanidad pública del año 2002 integró la sanidad en el marco general de la financiación de las CCAA (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las CCAA de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (BOE de 31 de diciembre de 2001)).

tanto del Estado como las CCAA como entre éstas. Sólo de esta forma se podrá proteger el derecho a la salud. En términos administrativos y de eficiencia de costes sí se podría apostar por homogeneizar trámites burocráticos como una única tarjeta sanitaria válida para todo el territorio nacional.

Ya la Ley 16/2003 ya reorienta el SNS hacía un servicio sanitario de equidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso a la asistencia sanitaria sin importar el lugar de residencia en territorio español. No obstante es un sistema descentralizado con diversidad de formulas organizativas y la igualdad en el acceso a la asistencia sanitaria desde este trabajo de investigación se insta a su revisión.

Valga señalar que en fecha 14 de junio de 2022 el Consejo de Ministros acordó remitir a las Cortes el Proyecto de Ley por el que se se modifican diversas normas para consolidar la Equidad, Universalidad, y Cohesión del Sistema Nacional de Salud (SNS). La finalidad es invertir en salud, si así es bienvenida la norma, porque falta hace que se proteja el derecho a la protección de la salud.

El Proyecto de Ley blindo la sanidad pública y la gestión directa de la misma como ya se ha señalado en el capítulo IV. La gestión indirecta sería la excepción, con una visión complementaria y de apoyo y motivada objetivamente. Desde la Alianza de la Sanidad Privada Española (ASPE) se ha valorado negativamente expresando que en la actualidad el complemento de la asistencia sanitaria privada es un derecho a la Garantía de respuesta Asistencial de los ciudadanos<sup>1643</sup>. Se incluyen en el Proyecto también medidas para reducir desigualdades y que no se puedan introducir copagos sanitarios, de tal manera se unifica la cartera común de servicios del SNS.

Desde la propuesta de 2021<sup>1644</sup> se ha eliminado en el nuevo Proyecto el requisito de que una persona hubiese de estar tres meses empadronada para acceder a la asistencia sanitaria. Aunque se distingue si la persona es turista o se encuentra en situación irregular. A estos se les exige un informe de servicios sociales para acreditar que la

---

<sup>1643</sup> Vid. ASPE “no descarta activar la vía legal” ante la Ley de equidad del Gobierno. <https://www.unitsperlavall.org/nace-la-plataforma-units-per-la-vall-con-un-llamamiento-a-recuperar-el-valle-de-bo%C3%AD-como-motor-econ%C3%B3mico-y-de-prosperidad> (consulta junio 2022).

<sup>1644</sup> (La Ley fue informada en primera vuelta por el Consejo de Ministros el 8 de noviembre de 2021. En segunda vuelta fue informada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 6 de junio de 2022) .

persona quiere quedarse en España. De forma más explícita se hubiese podido reconocer el derecho a protección de la salud a menores de edad, embarazadas y urgencias. En especial se recibe con entusiasmo la protección a la salud de los reagrupados familiares ascendientes con permiso de residencia, a quienes actualmente se les exige un seguro privado.<sup>1645</sup>

## **6.2. Sanidad pública versus sanidad privada**

Se advierte que por un lado el sistema sanitario desde una vertiente constitucional ampara la protección a la salud visto ut supra. Y por otro lado también la CE ampara las acciones para dar efectividad al derecho. Las acciones pueden ser tanto públicas como privadas. En este sentido el carácter privado de las acciones sanitarias se protege tanto en el artículo 36 como 38 de la CE. No obstante el hecho de representar el ejercicio de una actividad privada libre no obsta a que hay que tener presente que dan efectividad a una prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos.

Las opciones de organización sanitaria las elige el legislador como responsable. La LGS reguló la gestión directa de los servicios de salud de las CCAA. Lo que no es óbice según la LGS de que pueda haber convenios y conciertos para la prestación de los servicios sanitarios, priorizando los centros sin carácter lucrativo (El Capítulo VI de la Ley es el que se dedica “a las actividades sanitarias privadas”).<sup>1646</sup> Además hay que tener en cuenta que la asistencia sanitaria de determinados regímenes especiales de la Seguridad Social se incluye dentro del SNS y se gestiona por las entidades del Estado: MUFACE, ISFAS y MUGEJU. De igual manera se debe indicar la gestión de la asistencia sanitaria pública por las Entidades Colaboradoras.

Por tanto, la gestión directa por organismos públicos ha sido la forma que se ha elegido para que quedasen configurados los servicios. La gestión directa también se puede realizar por organismos con personalidad jurídica privada: sociedades y fundaciones, no ha sido el sistema más extendido. Cuando se opta por la gestión indirecta es porque la

---

<sup>1645</sup> Vid. “El nuevo anteproyecto de ley sanitaria mejora la universalidad, pero no da el paso definitivo” <https://www.elsaltodiario.com/sanidad-publica/nuevo-anteproyecto-ley-sanitaria-mejora-universalidad-pero-no-da-paso-definitivo>

<sup>1646</sup> Desarrollado por la Ley 15/1997 de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del SNS. (BOE de 26 de abril) disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-9021>

Administración necesita el sector privado para el cumplimiento de sus obligaciones o por decisión política.

En el contexto del nuevo Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno el 14 de junio se podrían defender las razones para decantarse por una gestión pública: la administración sanitaria se debe ir dirigida a la consecución de un nivel de salud para todas y todos los ciudadanos y mejorar la equidad social. Las CCAA de Cataluña, Madrid y Valencia son las que más han se han inclinado por formas de colaboración público-privada.

La sanidad pública y privada han logrado un tándem que genera una asistencia sanitaria de máxima excelencia, sin ir más lejos la coordinación en la pandemia. Sí es un hecho que la sanidad privada descarga de presión asistencial y financiera a la sanidad pública. Lo que también se destaca que la pandemia ha situado a la sanidad privada en una situación financiera complicada. Son las CCAA las responsables de asumir el pago de los costes por la atención sanitaria a los pacientes, y la puesta a disposición de los recursos corresponde la Ministerio de Sanidad.<sup>1647</sup>

Sea como fuere, la protección de la asistencia sanitaria será siempre responsabilidad última de la administración pública. En consecuencia debería poder dotarse por ella misma de los medios materiales y recursos humanos para poder hacer frente a la demanda existente. Si se depende de la iniciativa privada para “descargar de presión” si llegado el caso ésta desapareciese la Administración no podría asumir un derecho básico como es la protección de la salud.

En este sentido, lo que que sí es un punto urgente y necesario es la unificación de historiales médicos entre sanidad pública, privada y mutuas aseguradoras. Desde este trabajo de investigación bajo los auspicios constitucionales se defiende la libertad de empresa y los beneficios de la asistencia sanitaria privada. Pero con la advertencia de que esa colaboración relaje a la administración para que por sí misma se vea incapaz de cumplir con sus reponsabilidades y dependa de la iniciativa privada.

---

<sup>1647</sup> GIRELA MOLINA, B. “La sanidad privada en España. Colaboración con el sector sanitario público. Gestión sanitaria pandemia COVID.” en AAVV *Salud y aistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19* Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P.P, MORENO VIDA, N., VILA TIerno, F, ÁLVAREZ CORTES, C. (directores) Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi Cizur Menor, 2021Pag´. 596 , 597 y 614.





## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”

En el marco de este trabajo de investigación y en el desarrollo discursivo de los diferentes capítulos se han ido extrayendo conclusiones y líneas de investigación fundamentales y de gran interés. En esta última parte de la tesis se relacionan varias conclusiones, las que se consideran de mayor relieve. No dejan de ser el resultado del desarrollo de la investigación llevada a cabo, es decir cada conclusión se extrae con facilidad de la lectura de la tesis. También se perfilan una serie de propuestas “lege ferenda” que se ha considerado que podrían dar un mayor peso a la protección a la salud en el marco normativo vigente. La estructura seguida es de forma concisa se detalla la propuesta y posteriormente se desarrolla.

### 1. EL DERECHO A LA SALUD Y SU PROTECCIÓN DEBERÍAN TENER SU AMPARO CONSTITUCIONAL COMO VERDADERO DERECHO FUNDAMENTAL.

El derecho a la protección a la salud se encuentra regulado en el artículo 43 de la CE. La protección que tiene al estar ubicado en el Capítulo III del Título I es débil. Se sigue que el artículo 53.3 al regular la protección de éste capítulo III se limita a indicar: “*Se informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen*”. Su regulación por tanto queda al amparo de la ley dónde se regule y de la orientación política del o la legisladora que redacte la Ley. Es más sin regulación legal, sería un derecho vacío de contenido.

Si se reformulase el Título I se podría dar entrada dentro de los derechos y deberes a derechos como el de la protección a la salud. Merece preguntarse si hay algún otro derecho que pueda tener el alcance de importancia como el gozar de buena salud, relacionado con el derecho a la vida e integridad física. Un derecho con un contenido irreductible que se debiera de respetar independientemente de la fuerza política que estuviese al poder.

En la normativa internacional se considera un verdadero derecho fundamental tanto en la DUDH, PIDESC como en la CSE y CDFUE. Esto facilitaría a los Tribunales dar la prioridad que corresponde al derecho a la salud sin tener que interrelacionarlo con el artículo 15 de la CE que ampara el derecho a la vida e integridad física. Lo que correspondería sería que lo mismo que hay un artículo que protege la integridad física, hubiese otro artículo dentro de los derechos fundamentales que protegiese el derecho a la salud.

Su regulación debería reconocer lo que el artículo 55 de la CE hoy no le reconoce: vinculación a todos los poderes públicos, su regulación por Ley que debiera respetar su contenido esencial, la posibilidad de interposición de recurso de inconstitucionalidad, recurso de amparo y por el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad que todo ciudadano o ciudadana puede recabar ante los Tribunales ordinarios. Y además al ser derecho fundamental su regulación también exigiría desarrollo por LO.

En la redacción del artículo 43 de la CE no se incluye la seguridad e higiene en el trabajo. Ésta queda circunscrita al artículo 40.2, también dentro de los principios rectores de la política social y económica. La salud laboral tiene una incidencia clara y directa con la salud de las personas. La protección a la salud tiene la suficiente entidad como para que un único artículo se regule el derecho a la protección a la salud y el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo. El legislador español tiene como referencia la OIT que en la 110 Conferencia Internacional del Trabajo aprobó la SST como el quinto principio fundamental de la OIT:

La persona trabajadora no puede separar en dos bloques su “salud” cuando está en el trabajo o cuando no lo está o cuando está retirado de la vida laboral, las consecuencias en la salud que ha podido sufrir en la misma. En suma, sin la consideración de derecho fundamental, las medidas de seguridad e higiene no tendrán la eficacia conducente a remitir la mortalidad y los accidentes y enfermedades laborales.

## 2. LA SALUD Y LA SALUD LABORAL REQUIEREN DE UNA MIRADA DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ARAS A LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE SU PROTECCIÓN

Si se parte de una visión androcentrista de la protección del derecho a la salud, en similares términos que el artículo 32 de la CE se refiere al “*hombre y la mujer*”, se podría reformular el artículo 43. El mismo redactado del artículo demanda a quién se reconoce el derecho a la protección a la salud. Se debería entender que a mujeres y hombres. También tendría plena seguridad jurídica indicar a todas las personas, colectivo que incluye, hombres, mujeres, niñas y niños. O es más a todos los seres vivos, porque no cuidar la salud de los animales además de por respeto, se debería realizar por la propia supervivencia del ser humano. El cuidado del medio ambiente como se ha visto en este trabajo de investigación principalmente en el capítulo VI trae consecuencias negativas en términos de salud.

Tanto los términos de salud, como de salud laboral se deben interpretar desde una perspectiva de género, empezando por la CE. La igualdad entre hombres y mujeres se debe aplicar desde el principio de la transversalidad como así está establecido en los artículos 4 y 15 de la LOIMH. Un aspecto que afecta a la salud directamente es la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. Se aboga desde estas líneas a tener en cuenta y poner en valor la conciliación en un sentido amplio en la reformulación del artículo 43 de la CE, y la corresponsabilidad familiar. Sería de especial trascendencia la consideración de derecho fundamental de esta materia en la salud de la mujer, que es quien en soporta en la mayor parte de las ocasiones la jornada de trabajo laboral y la jornada de trabajo familiar.

De igual modo, los artículos 156 y 157 de la LGSS merecerían también su reformulación, además de por los riesgos psicológicos que más adelante se hablará por no tener en cuenta la perspectiva de género en su redactado. Los riesgos tanto físicos como psicológicos en el trabajo afectan de una forma diferente a hombres y mujeres, en las evaluaciones de riesgo no se debería pasar por alto. Así valga de ejemplo el estrés laboral si la persona trabajadora está disfrutando de reducción de jornada sería un condicionante a considerar.

Por consiguiente, en base a la doble jornada laboral y la falta de concreción en los artículos 156 y 157 de la LGSS la interpretación recae en las empresas o jueces que deben valorar sus decisiones en base a la perspectiva de género. Existe una realidad común que cuando las mujeres están de baja para su recuperación deben seguir haciendo las tareas del hogar, lo que no facilita su recuperación.

No esta de más recordar que las empresas con 50 o más trabajadores y trabajadoras tendrían que tener elaborado el Plan de Igualdad. En este sentido el 7 de marzo de 2022 expiró el último día del plazo del calendario progresivo de la extensión de la obligación de tener aprobado el Plan de Igualdad (art. 1 del RD Ley 6/2019 de 1 de marzo). En ocasiones el no tener representación legal de los trabajadores ha supuesto un freno para las empresas obligadas de menores dimensiones. Por añadidura el TS dictaminó que no podía haber una comisión ad hoc para negociar el Plan de Igualdad. Lo que lleva a que si no hay representantes de los trabajadores no se puede negociar el Plan de Igualdad.

1648

Igualmente, medidas tan significativas como el Plan de Igualdad o los Protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, debe haber una conciencia de su valor hacia el respeto y hacia la salud. Actualmente no es de recibo que se vean como una carga más administrativa. Los Protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo son obligatorios independientemente del número de trabajadores y trabajadoras en plantilla. Desde estas líneas se ensalza la ya por fin la ratificación de los Convenios 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (colectivo formado mayoritariamente por mujeres, y en gran parte en situación irregular) y el Convenio 190, sobre la violencia y el acoso.

La prevención de riesgos debe tener este carácter transversal sobre perspectiva de género, tanto en las evaluaciones de riesgos como en su seguimiento. Se subraya como pone de relieve La Nota Técnica de Prevención 657 del INSHT) que en las profesiones consideradas masculinizadas, las herramienta o la vestimenta de trabajo se ha realizado a medida del género masculino.

---

<sup>1648</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2017. Resolución 126/2017 disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/11c1419ce45d1c0c/20170313>

La perspectiva de género debe extenderse también a las enfermedades profesionales. Son lesiones que se producen de forma más lenta y progresiva y que afecta mayormente a mujeres, como ejemplo las fibromialgias y migrañas. El acoso sexual, la violencia en el trabajo o discriminación también son sufridos principalmente por mujeres.

Se sigue también que la pandemia afectó de forma diferente a hombres y mujeres. En consecuencia se debería planificar y abordar medidas para que en futuras situaciones de emergencia en salud, se proteja y se visibilice “los cuidados”. Del mismo modo que se debe tener en cuenta la diferente susceptibilidad de los virus en hombres y mujeres. Importancia tendría que los datos fuesen desagregados por sexo y edad

### 3. LA SALUD Y LA SALUD LABORAL DEMANDAN UN SISTEMA NACIONAL DE SALUD EFICAZ Y COORDINADO PARA TODAS LAS PERSONAS

El SNS tiene como objetivos la regulación de la asistencia sanitaria, primero como servicio público y en segundo lugar para que pueda atender a todas las personas sin discriminación. No puede ser óbice la distribución competencial para una gestión sanitaria eficaz y universal, para todas las personas. El Estado debe regular la legislación básica común a todas las CCAA, es decir a todo el territorio español. Por eso además de un límite mínimo debería haber también cierta homogeneidad en el desarrollo de la legislación básica que no supusiera diferencias sustanciales para que no quedase pervertido el principio de equidad.

En base al artículo 43 de la CE, y como se aboga desde este trabajo de investigación, la protección a la salud debe ser un derecho fundamental, como así se señala por la normativa internacional. Lo cual muestra que ha de estar centrada y se debe dirigir a todas las personas que se encuentren en territorio español, sino constituiría una regresión al sistema nacional de salud. No obstante el artículo 16 de la LGS prescribe que aún no se ha conseguido este objetivo, en el momento que regula y visibiliza que hay usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud

El SNS es un gran hito en el sistema del bienestar y se debe seguir velando por sus principios como son la universalidad, calidad, integración y solidaridad. Por consiguiente, el SNS es obligado que actúe de forma coordinada para una mayor eficacia y una gestión administrativa ágil. La naturaleza pública ha de quedar salvaguardada, lo que implicaría que aunque la sanidad privada ayude a la eficacia de la asistencia sanitaria, no puede haber una dependencia extrema, que por sí sólo el sistema sanitario público no pudiese funcionar.

Es más tampoco se puede olvidar que la asistencia sanitaria privada actúa con ánimo de lucro lo que la eficacia buscada en ella podría quedar en entredicho. Sea como fuere es un reto para el SNS por el contexto de cambios a hacer frente. Las nuevas tecnologías pueden ayudar a un mayor control de todos los pacientes, de la población en general, y de prevenir. Aunque no todo el mundo tiene acceso a las mismas o sabe utilizarlas. La brecha digital podría tener sus efectos también en la asistencia sanitaria. De lo que no hay duda de que son un gran avance y que en momentos de la pandemia han sido un instrumento básico.

La asistencia sanitaria también se enfrenta a un cambio demográfico en el que habrá un sector de la población mayor grande durante unos cuantos años. Lo que influye en el alza de enfermedades crónicas, poner el foco en la atención primaria bastante debilitada y una clara reordenación de los recursos humanos. Se pone el foco de atención en bloqueos parlamentarios que ponen el acento en la falta de adaptación a los nuevos cambios, sirva de ejemplo la Ley de Seguridad del Paciente o Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las personas en situación de dependencia.

Se ve como necesaria la coordinación tanto entre el Estado y las CCAA, como el SNS y la asistencia sanitaria privada. Coordinación enfocada en términos de poder acceder con rapidez a informes clínicos entre CCAA. El sistema sanitario actual dispone de los medios electrónicos por CCAA, en Cataluña por ejemplo “La meva salut”. El riesgo de mercantilizar la asistencia sanitaria puede derivar del descontrol en las pruebas y tratamientos y medicación. Para una atención sanitaria integral, reparadora, preventiva y eficaz la clave estaría en la coordinación.

En consecuencia, se debería modernizar la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, un buen momento para llevarlo a cabo es con las lecciones aprendidas de la pandemia del COVID19 que ha puesto en tela de juicio tanto la legislación como el sistema. No es objeto de materia en esta tesis, pero algo habrá que tener en cuenta de que los dos estados de alarma hayan sido declarados inconstitucionales. Se debería reflexionar si el artículo 86 de la Ley orgánica de medidas especiales de salud pública (artículo 86), no necesitarían una modificación.

Como ya se ha hecho referencia en este trabajo de investigación el sistema falla cuando las personas están pagando por un servicio que lo pueden tener de forma gratuita. La universalidad se rompe cuando no es efectiva y real. También se ha apuntado en esta tesis y es un servicio que requiere que se valore al mismo nivel que la atención primaria son las farmacias. Las y los pacientes tienen a las oficinas de farmacia como el primer servicio dónde preguntar, en ocasiones antes que acudir a la atención primaria. En consecuencia, tiene un papel clave tanto asistencial como social. En todo caso, el sector farmacéutico tiene nuevos retos como por ejemplo la asistencia farmacéutica domiciliarias.

#### 4. SE ABOGA POR UNA REVISIÓN DEL ARTÍCULO 56 DEL ET PARA QUE EL DESPEDIR A LA PERSONA TRABAJADORA EN EL CASO DE ESTAR ENFERMA SEA DECLARADO NULO

Hasta el momento la doctrina del TS ha señalado, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo de investigación, la mera situación de enfermedad como causa de improcedencia del despido, no de nulidad. El eje entronca siempre en el mismo punto que es la conclusión primera él no ser considerada la protección de la salud como derecho fundamental. Si así fuese el despido se podría considerar directamente como nulo. La hermenéutica judicial y legislativa obliga a acudir a la normativa internacional y realizar un ejercicio de interconexión con el artículo 15 de la CE, lo que crea inseguridad jurídica y se deja en manos de los Tribunales.

El derecho a la protección de la salud no puede quedar bien protegido sino la persona trabajadora opta por permanecer en silencio delante de un problema de salud por la represalia. Ésta puede venir representada por el despido o por la obligación de que se

solicite la alta voluntaria. La prevención de riesgos laborales en la empresa aquí también es sumamente determinante. Así las cosas, sigue teniendo un peso más fuerte la productividad que el derecho a la salud. Se necesita equilibrar necesidad económica y salud. Se debe dar un tratamiento especial tanto a las personas con enfermedades crónicas y asimilables a la discapacidad.

Lástima ese giro normativo con la Ley 11/1994 que desembocó a que la calificación jurídica pasase de la nulidad a la improcedencia. La jurisprudencia del TS como el propio TC muestran su postura favorable a la improcedencia, principalmente por la ubicación del artículo 43 de l CE. Como ya se ha puesto de manifiesto padecer una enfermedad de por si ya es estigmatizante. No dejan de ampararse situaciones discriminatorias basadas en la enfermedad por la desprotección por la parte trabajadora mientras en los despidos la opción entre readmisión o indemnización la tenga la parte empresarial.

La reforma legislativa que desde estas líneas se propone y que también hay doctrina que comparte y como ya se ha apuntado en esta tesis es añadir en el ET art. 4.2 c) del ET una nueva causa de discriminación. Por ende, en el art. 55.5 prescribir como una causa más de nulidad la enfermedad o estado de salud. Con la reciente Ley 15/2022 de Igualdad de trato y no discriminación se refuerza aún más la necesidad de esta reforma legislativa en pro de la protección al derecho a la salud.

##### 5. SE ADVIERTE DE LA DISRUPCIÓN EXISTENTE ENTRE LA DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES Y LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA SANITARIO.

La protección de la salud de la persona trabajadora es un derecho de primer nivel y cómo se argumenta en esta tesis un derecho fundamental. En consecuencia, su protección y curación ha de ir a la par de la protección a los efectos de la protección dispensada por los subsidios correspondientes. Si la persona trabajadora inicia una baja laboral por IT el plazo máximo de duración son quinientos cuarenta y cinco días desde la baja médica. No obstante, como señala el artículo 174 de la LGSS si se continua la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación se podría retrasar hasta los 730 días naturales



La IT comprende el subsidio correspondiente, que salvando que se complemente por la empresa o por convenio colectivo la persona trabajadora sufre una reducción en sus remuneraciones (salvando función pública). El subsidio también comprende un elemento muy relevante la asistencia sanitaria. Ésta cuando la IT deriva de contingencias comunes se realiza por los servicios públicos de salud. El SNS asume el coste sanitario y el servicio de asistencia sanitaria. La persona trabajadora pasa a depender en primer lugar de atención primaria. Se ha destacada en varias ocasiones en esta tesis las carencias que tiene y la necesidad de que se potencie. En situaciones de pandemia aún se ha agravado más la situación precaria que adolece la atención primaria.

Son las y los médicos de familia los que deben dar el parte de baja inicial y las confirmaciones de baja hasta llegar a los 365 que pasa a depender de inspección médica. Ha habido ya reclamaciones de estas y estos profesionales que en procesos de hospitalización no consideran que deban ser ellas y ellos quien den los partes de confirmación de bajas cuando no depende de ellos su valoración médica. El peregrinaje de la persona trabajadora empieza cuando es enviado al personal médico especialista. Los tiempos de espera son demasiado largos al paso que los días naturales del subsidio de IT va pasando. La persona trabajadora debe ser diagnosticada y además que se le de el tratamiento médico o farmacéutico adecuado. Este camino no es viable realizarlo con una única visita al médico especialista, ya que se necesitan pruebas para valorar. La duración se puede alargar fácilmente al año, obligando a veces a acudir a la asistencia sanitaria privada para agilizar. Realmente se debería reflexionar si no hay algo que falla en la asistencia sanitaria universal real.

En todo este peregrinaje es la empresa la que asume la cotización a la seguridad social por la persona trabajadora. No se puede obviar esta presión económica. Por el miedo a no ser despedido o despedida la persona trabajadora toma la decisión de solicitar la alta voluntaria sin estar curada, aquí se desvirtúa la protección a la salud. Se propone que no sea la empresa quién asuma la cotización de la parte empresarial por los subsidios de incapacidad temporal o que sean las Mutuas Colaboradoras quien asuman parte de la asistencia sanitaria, por ejemplo, en la realización de las pruebas diagnósticas.

Sea como fuere la Ley 15/2022 Integral para la Igualdad de trato y no discriminación es un avance para evitar los despidos sin causa como se ha señalado en la anterior conclusión. Se aboga también desde estas líneas por la nulidad de despedir a una o un trabajador enfermo como ya se ha comentado, lo cual implica también que la asistencia sanitaria sea ágil y efectiva y no un “calvario”.

**6. LA NECESARIA REDEFINICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 156 Y 157 DE LA LGSS PARA UNIFICAR LAS ENFERMEDADES DE TRABAJO Y PARA DAR LA VISIBILIZACIÓN A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES. SE NECESITARÍA UNA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL MÁS CLARA PARA PODER ENCUADRARLOS COMO ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL.**

Es alarmante la doctrina que se ha tenido que pronunciar para definir las enfermedades de trabajo para cuando no sean consideradas enfermedades profesionales declararlas accidentes de trabajo. Además de una actualización del listado de enfermedades profesionales, el artículo 156 se debería limitar a regular los accidentes de trabajo y el artículo 157 las enfermedades de trabajo, más claro y menor torticero. Así las cosas, esta conclusión centra su atención en redefinir los artículos 156 y 157 de la LGSS y en añadir un nuevo artículo específico para las contingencias profesionales derivadas de riesgos psicosociales.

Ser considerada una enfermedad como profesional y estar señalada en el artículo 157 permite, es decir en el cuadro de enfermedades profesionales, permite que si se dan los requisitos de agente, actividad y enfermedad diagnosticada la relación con el trabajo es sí sí presunción iuris et de iure. Lo que en pro de los riesgos psicosociales se debería actualizar la lista.

Dentro del artículo 157 se podrían bien incluir también las enfermedades de trabajo. De hecho, serían las que gozarían de la presunción establecida en el artículo 156.3, la presunción de laboralidad. Por consiguiente, no sería necesario tergiversar y ver si sería aplicable o no el artículo 156.3. Las enfermedades de trabajo quedarían definidas en el artículo 157 con la correspondiente presunción de laboralidad. Por seguridad jurídica abstraer del articulado de la ley una figura intermedia entre accidente de trabajo y

enfermedad profesional crea ambigüedad y se deja en manos de la jurisprudencia lo que se debería definir por el legislador.

Otro apartado para tener en cuenta en el artículo 157 son las enfermedades asimiladas a accidente de trabajo. Serían las correspondientes a la asimilación general del artículo 156 e) y las otras dos más específicas de los artículos 156 f) y g). La persona trabajadora en el caso del artículo 156. e) es quien debe probar que la causa exclusiva de la enfermedad es el trabajo o al menos prevalente y exclusivo. Se podría reflexionar por todas las consecuencias que conlleva incluidas las de asistencia sanitaria sino invertir la carga de la prueba también en este caso como así ocurre en las enfermedades de trabajo. En consecuencia, se puede apreciar en estas líneas que urge para una mayor protección de la salud y salud laboral una clarificación de los artículos 156 y 157 en base a lo indicado.

Durante el discurso argumentativo de este trabajo de investigación ya se ha puesto de manifiesto la carencia general que existe en legislar en riesgos psicosociales. Se centra esta conclusión en la redefinición del artículo 156 y 157 de la LGSS. En este contexto son los riesgos de carácter psicosocial los que la OIT y la OMS estiman como principal causa de baja laboral, como ya se había comentado.

En el momento de manifestarse un riesgo psicosocial es todo un logro actualmente que sea reconocido como contingencia profesional. Las Mutuas Colaboradoras serían las encargadas de asumir su gestión y asistencia en el caso de declararse contingencia profesional, por lo que intentan que la declaración del accidente o enfermedad sea declarada por contingencias comunes.

Para una mayor seguridad jurídica se aboga desde este trabajo a la redacción de un nuevo artículo específico para las contingencias profesionales cuyo origen y riesgo es psicosocial. Se evitaría la ingeniería jurídica de la disyuntiva entre su encuadre en la presunción del artículo 156.1. 3, 156. 2 b) o 157.

Un nuevo artículo que diferenciarse con claridad cuando se está delante de un accidente de trabajo o enfermedad profesional cuyo origen fuese riesgo psicosocial. Podría haber una referencia dentro de ese artículo, al artículo 157 si éste incluyese en el listado de enfermedades profesionales los riesgos psicosociales, por ejemplo, el burn out.

Así las cosas, esta conclusión centra su atención en redefinir los artículos 156 y 157 de la LGSS y en añadir un nuevo artículo específico para las contingencias profesionales derivadas de riesgos psicosociales.

#### 7. NUEVAS REALIDADES LABORALES QUE IRRUMPEN CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DEBEN PROPORCIONAR UNA PROTECCIÓN A LA SALUD MÁS EFICAZ A LA PAR QUE SE DEBERÍA HACER UNA REVISIÓN DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Desde esta tesis se defiende una revisión de la LPRL tanto en clave de perspectiva de género, como en su adaptación a las nuevas tecnologías, al cambio climático y enfatizar en los servicios de prevención de riesgos laborales. Por eso es dable hacer referencia en estas tres últimas conclusiones a estos factores, los cuales ya se han ido viendo a lo largo del hilo argumentativo de esta tesis.

Por lo que se refiere a las nuevas tecnologías son la punta del iceberg del cambio en las nuevas realidades laborales. La protección de la salud y en concreto la salud laboral deben actuar para prevenir los nuevos riesgos emergentes que las nuevas tecnologías traen consigo. Es evidente que el legislador en el año 1995 cuando se dictó la LPRL no tenía en mente este cambio acelerado en las nuevas realidades laborales.

Uno de los principales riesgos que emergen de las nuevas tecnologías es la hiperactividad digital o fatiga informática. Se debe actuar y concienciar a favor de la desconexión digital. El derecho a la desconexión digital no se encuentra regulado en la LPRL sino en la LOPDGDD (artículo 88). Es importante su contenido porque obliga a que todas las empresas independientemente de su tamaño deben un protocolo de desconexión digital. La Ley del trabajo a distancia también se ha referido a la desconexión digital, sector dónde tiene un riesgo más elevado. Para un descanso real y efectivo no sólo debe existir un derecho a no contestar WhatsApp o correos electrónicos en tiempos de descanso sino también obligación a no recibirlos.

Se propugna que el marco sancionador que tipifique la no elaboración del protocolo de desconexión digital sea en el marco de prevención de riesgos laborales mediante un artículo específico al respecto. Actualmente el cauce para poder tipificarlo es el artículo 7.5 de la LISOS.

Asimismo, también corresponde precisar bien las limitaciones de las y los empresarios en la modalidad de desarrollo del teletrabajo. El deber empresarial de vigilancia sigue latente, aunque la modalidad de desarrollo del trabajo no sea presencial. El derecho que entra aquí en conflicto es la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). El contenido esencial de cualquier derecho fundamental se delimita en base a otros derechos fundamentales, no son ilimitados. Si el derecho a la protección a la salud fuese un derecho fundamental se eliminaría de raíz los problemas para la salud laboral que acarrearán las evaluaciones formales realizadas por los propios trabajadores. No se le puede exigir a la persona trabajadora que sea técnica en evaluación de riesgos y que además sepa diferenciar los riesgos comunes de los profesionales.

Sea como fuere delante de un contexto dónde las nuevas tecnologías se hacen cada vez más necesarias debería existir un derecho a formarse de toda persona, y de toda persona trabajadora, para que no hubiese brecha digital. Con anterioridad a cualquier trabajo se debería poder tener la oportunidad de realizar un curso formativo en las TICs que se estén utilizando en la empresa. Y la posibilidad de reciclarse periódicamente. Además, supone un desequilibrio para personas de avanzada edad que no han crecido ni personal ni profesionalmente en un mundo digital. La franja de edad para trabajar es de los 16 años hasta el momento de jubilación, proteger la salud también es adaptarse a cada trabajador o trabajadora.

#### 8. EL CAMBIO CLIMÁTICO ESTÁ AFECTANDO A LA SALUD DE TODAS LAS PERSONAS Y EN ESPECIAL A LA SALUD LABORAL, SE DEBERÍAN TOMAR MEDIDAS LEGISLATIVAS TANTO DE PREVENCIÓN COMO DE REPARACIÓN PARA ADECUARSE A ESTA REALIDAD YA EXISTENTE

En referencia al cambio climático, comprende una realidad a remediar porque ya está presente y para poder tener todos los medios preparados para prevenirlo y anticiparlo. El

nuevo contexto climático generará cambios en la salud de las personas y en la salud laboral. Así las cosas, la prevención de riesgos laborales vendría a ser un claro límite al deber de obediencia del empresario o empresaria. Se necesita un planeta sano para conseguir cumplir los ODS (objetivo 13).

En España en plena época de la pandemia se destaca la borrasca “Filomena”. Importante afectación en la salud es la zoonosis. Al destruir las personas humanas los ecosistemas se facilitan que los virus lleguen con más facilidad. De hecho, ningún país puede vivir aislado, son temas que se deben tratar de forma global y en conjunto porque reclaman su medidas coordinadas.

El cambio climático es un factor de importancia para prevenir sus consecuencias a todos los niveles. Por ende, se debería actuar tanto con la prevención y cuidado del medio ambiente como en tener en cuenta el factor ambiental en las medidas de prevención de riesgo. El teletrabajo es una forma de desarrollar la prestación de servicios que evita los desplazamientos en vehículo propio y ayuda a mantener un medio ambiente más saludable consiguiendo la neutralidad carbónica. No obstante, también se debe prestar atención a la polución digital medioambiental o la introducción de energías renovables. Además, el teletrabajo permite en momentos de catástrofes ambientales continuar trabajando. Por lo que debe haber una cuidada regulación.

Se debe promover el empleo sostenible, inclusivo y digital. La promoción del factor ambiental en las medidas de prevención de riesgos laborales es una medida fundamental. La persona debe estar bien informada, adaptar equipos de trabajo y evitar los trabajos físicos en horas de por ejemplo más calor. Un exceso de calor puede provocar hipertemia y incluso la muerte, y son muertes evitables. Como se puede apreciar hay una conexión inevitable entre trabajo y cambio climático. El riesgo ambiental debe estar presente en las evaluaciones de riesgos laborales. La prevención de riesgos y la seguridad social deben ir en paralelo en relación con el impacto del cambio climático.

9. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS Y EN CONCRETO LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN SON LA CLAVE PARA QUE LA SALUD LABORAL ENGLOBE TANTO LOS RIESGOS FÍSICOS COMO PSICOSOCIALES EN LÍNEA CON LA DEFINICIÓN DE SALUD DADA POR LA OMS.

Las evaluaciones de riesgos laborales y los servicios de prevención son los ejes donde pivota la prevención de riesgos. Por eso es dable pensar en que se ha de enfatizar su peso jurídico. En el día a día de las empresas es percibida la contratación de un servicio de prevención como una carga burocrática más, “un gasto más”. No existe conciencia de la importancia de su contenido, tanto para la salud laboral, clima laboral, como para la propia productividad de la empresa.

Se aboga desde estas líneas a que se implique más la empresa y las y los trabajadores en la prevención de riesgo y no que quede exclusivamente externalizado. De hecho, la Directiva 89/391 CEE preveía externalizar los servicios de prevención de forma subsidiaria. Es preferible tener un servicio propio de prevención de riesgos laborales, aunque para las pequeñas empresas se hace inviable. La legislación española tiende a ser más proclive a la externalización de los servicios de prevención.

Externalizar en la empresa privada puede tener como consecuencia que se pierda lo esencial la protección de la salud y prime el factor economía. Las empresas son muy diferentes y no todas necesitan la misma evaluación lo que resulta difícil realizarlo desde un servicio ajeno a la empresa. Sí que el legislador consciente de la situación ha intentado que la situación se revierta, lo que ha comportado empoderar a los servicios propios, como en la Ley 54/2003 dónde se garantizaba la presencia de recursos preventivos en la empresa. Un reclamo necesario es que se valore y reflexione en las negociaciones que se desarrollen en la Estrategia Española de SST 2022-2027.

La priorización del sistema preventivo debe cambiar el giro de una excesiva externalización hacia una conciencia y sensibilización en pro de la salud y la salud laboral, lo que por ende afecta a la productividad de la empresa. Subcontratar los servicios de prevención de riesgos laborales cuando así sea necesario pasa por ser una decisión responsable basada en la salud. Si en esta decisión prima el factor económico la protección de la salud se olvida, pasa a ser “un bien comprado al mejor postor”.

Se aboga por potenciar el cuerpo de Subinspectores Laborales pertenecientes a la Escala de Seguridad y Salud Laboral para un correcto cumplimiento de las disposiciones laborales vigentes. Las medidas correctivas y sancionadoras también deberían ir acompañadas de un cuerpo específico que ayudase a garantizar el cumplimiento de la normativa, es decir la prevención. La externalización en empresas privadas se encuadraría dentro de la libertad de empresa, pero la garantía de asistencia sanitaria universal real y efectiva debería estar por encima y como se reitera en esta tesis ser considerada derecho fundamental.

Hay empresas pequeñas que se ven abocadas a contratar el servicio de prevención externo por un tema económico y por falta de conocimientos. O también pueden contratarlo porque así se lo aconseja su asesoría laboral, que podría ser un buen tema objeto de investigación: el papel fundamental que desempeñan las asesorías laborales. De la misma forma que se solicita asistencia sanitaria pública, la salud laboral para las empresas también debe ser pública.

Sea como fuere no se puede dar por cumplida la obligación empresarial sólo por tener realizado el Plan de prevención o tener contratado un servicio externo de prevención. Así fue como se elevó a rango legal el deber preexistente de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Esto es, también se requiere personas responsables en prevención de riesgos laborales en la empresa, sobre todo en coordinación de empresas en el mismo centro de trabajo.





## BIBLIOGRAFÍA

AAVV. Comentarios al Estatuto de Autonomía de Cataluña. Volumen II. Institut d'estudis autònomic Barcelona, 1990

AGRA VIFORCOS, B. “La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales” AAVV *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2020

ALONSO OLEA, M. *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos Madrid 1959

ALONSO OLEA, B. “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias ¿sanidad o sanidad y Seguridad Social? Reflexiones tras la publicación del RD ley 16/2012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones” Editorial Aranzadi Thomson Reuters *Nueva Revista de derecho del trabajo* número 161 de 2014

ALONSO OLEA, M. “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”. En AAVV *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este temas celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 1980

ALONSO OLEA M, TORTUERO PLAZA, JL *Instituciones de Seguridad Social* Editorial Civitats Madrid 1995,

ALONSO OLEA, M. Y TORTUERO PLAZA, J.L, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002

ALONSO OLEA, M. *Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social Estudios de derecho laboral* Editorial Civitats, Madrid, 1994,

ALONSO OLEA, M. *Las prestaciones del sistema nacional de salud*. Editorial Civitas, Madrid 1999,

ALONSO OLEA, M. *Instituciones de Seguridad Social* Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1959.

ANÍBAL RODRÍGUEZ, C. *Los convenios de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo: una oportunidad para mejorar las condiciones y el medioambiente de trabajo*. Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009

APARICIO TOVAR, J. “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria” AA. VV *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. MOLINA NAVARRETE, C. (coord.) MONEREO PÉREZ (coord.) MORENO VIDA, M.N (coord.) Editorial Comares, Granada, 2002

APARICIO TOVAR, J. *La Seguridad Social y la protección de la salud*. Edit. Civitas, Madrid 1988,

ARAGON GÓMEZ, C.” El Covid-19 como riesgo causante de las prestaciones de seguridad social”, Francis Lefbvre *Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 4 de 2020.

ARETA MARTÍNEZ, M. “El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado “no apto” en el reconocimiento médico: Un análisis desde el derecho comparado español y francés” *Revista de Jurisprudencia Laboral* número 9 de 2020

ARUFE VARELA, A. “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales. Análisis crítico” Editorial Iustel *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* núm. 49 (2018).

BARAÑANO CID, M. *Mujer, Trabajo, Salud* Editorial Trotta, S.A, Madrid 1992.

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “La protección de la salud laboral de los trabajadores en edad avanzada” Editorial CEF *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 397 de 2016

BARRIOS BAUDOR, G. “Asimilación a accidente de trabajo COVID-19 y mejoras voluntarias de la prestación económica por incapacidad temporal: breve apunte” *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 3 de marzo de 2021.

BARRIOS BAUDOR, G. “COVID-19: Consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y sociosanitarios” *Aranzadi Thomson Reuter Revista aranzadi doctrinal* núm. 9 de octubre de 2020

BARRIOS BAUDOR, G. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones” en *Revista Aranzadi Doctrinal* número 1 de 2019

BARRIOS BAUDOR, G.L (2020) “Adaptaciones y/o reducciones especiales de jornada con ocasión de la crisis sanitaria COVID-19: PLAN MECUIDA” *Aranzadi Thomson Reuter. Revista Aranzadi doctrinal* número 6 de 2020

BELTRÁN AGUIRRE, JI. “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, no 5

BELTRÁN AGUIRRE, J. L “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales” en AA. VV *Derecho y salud en la Unión Europea*. Pérez Gálvez J.A (director) Barranco Vela R. (director) Editorial Comares, Granada, 2013

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. “Nulidad por “política de empresa dirigida a despedir injustificadamente a trabajadores de baja por IT (STSJ Cataluña 14/09/2021)” en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* Disponible en <https://ignasibeltran.com/2021/10/21/nulidad-por-politica-de-empresa-dirigida-a-despedir-injustificadamente-a-trabajadores-de-baja-por-incapacidad-temporal-stsj-cataluna-14-9-21/>

BLASCO PELLICER, A. LÓPEZ BALAGUER, M., ALEGRE NUENO, M. RAMOS MORAGUES, F. TALENS VISCOTI, E. (2020) *Análisis normativo de las medidas laborales y de seguridad social frente a la crisis del COVID-19* Editorial Tirant lo Blanch, València, 2020

BLASCO SEGURA, B. “*El despido nulo en el derecho del trabajo español*” en AAVV “El derecho del trabajo y la seguridad social en la década de los 80: III Coloquio sobre Relaciones Laborales (Jaca 23-25 de septiembre, 1982) RIVERO LAMAS, J. (Coordinación). Editores: *Universidad de Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales*.1983

BONET PÉREZ, JORDI: *Mundialización y régimen jurídico internacional del trabajo. La OIT como referente político jurídico universal*. Editorial Atelier, Barcelona, 2007.

BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Artículo 43. Protección de la salud”. AA. VV Comentarios a la Constitución Española Tomo IV. Art. 39 a 55 ALZAGA VILLAAMIL, O. (director) Editorial Edersa Madrid 2006,

BRETIN HERRERO, C. *100 años de seguridad social en España (1900-2000)* Editorial Dykinson S.L Madrid 2009

BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P. “Los desplazamientos por el territorio del Estado. La coordinación en materia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud. Las CCAA y la asistencia sanitaria a personas desplazadas” en AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* Tomo I MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIERNO, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021

CABALLERO PÉREZ, MJ. “El derecho a la salud en el Ámbito Internacional y de la Unión Europea. Tratamiento Actual y desafíos futuros”. *Revista de derecho de la Seguridad Social Laborum*. Nº Extraordinario 4. Monográfico de 2022 Estudio realizado en el seno del Proyecto de Investigación B-SEJ-213-UGR18 “Retos de la modernización de la asistencia sanitaria en Andalucía: Cohesión interterritorial, envejecimiento y revolución digital. Proyectos I+D+i del Programa Operativo FEDER 2018 Junta de Andalucía-Consejería de Economía y Conocimiento. Universidad de Granada.

CAIRÓS BARRETO, D.M. “El futuro de Europa y su nuevo “código normativo social”: el Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales” *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 82 de 2021.

CAMAS RODA, F. “El Proyecto de Ley de reforma del marco normativo de Prevención de Riesgos Laborales (la seguridad y salud en el trabajo como cuestión prioritaria)”. *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, no 5, de 2003

CAMAS RODA, F. *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CAMAS RODA, F. “Mobbing y prevención de riesgos laborales (sobre los problemas relativos a la prevención de riesgos psicosociales)” Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Jurídicos. *Estudios jurídicos* núm. 6 de 2006

CAMAS RODA, F. “Obstáculos de la legislación laboral y del régimen jurídico de extranjería en la consecución de un trabajo decente para las trabajadoras migrantes del servicio doméstico” Universidad Pablo de Olavide. Centro Euro-Árabe de los Estudios Jurídicos Avanzados *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*” vol. 11 núm. 1 2021

CAMAS RODA, F. *Trabajo decente e inmigrantes en España Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*. Editorial Huygens, Barcelona, 2016

CAMAS RODA, F. “Un empuje a la protección completa del trabajador ante situaciones de acoso laboral mediante la imposición a la empresa del recargo de prestaciones”. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 2, no 5, de 2009

CAMÓS VICTORIA, I. “El cambio climático y los riesgos emergentes sobre la SST de los trabajadores: Hacia una integración más efectiva de la dimensión medioambiental en el ámbito laboral y de la protección social” AA.VV. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* Tomo II. ORTIZ CASTILLO, F. (director Editorial) Editorial: Laborum Murcia 2020

CANO LINARES, M.A “Herramientas de la comunidad Internacional frente a la pandemia por COVID-19: la organización mundial de la salud y el Reglamento Sanitario Internacional” en COBO DEL ROSAL, G. *Derechos fundamentales en estado de alarma: Una aproximación multidisciplinar* Edit. Dykinson S.L Madrid, 2020

CARRIZOSA PRIETO, E. “Despido por IT: ¿discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental? Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2007” *Temas Laborales* núm. 96 de 2008

CASAS BAAMONDE, M.E “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?” *Lefebvre Derecho de las Relaciones laborales* núm. 1 de 2017

CASAS BAAMONDE M.E. El derecho del trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿y después? Sesión del día 30 de noviembre de 2021 Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Las enfermedades profesionales ante el sistema español de seguridad social: una visión panorámica” en AA. VV *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de seguridad social* Investigación realizada bajo el patrocinio de la Secretaria de Estado para la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que concedió a tal fin una subvención en el marco de la convocatoria efectuada por la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo. Investigador principal: CAVAS MARTÍNEZ, F.

CERVILLA GARZÓN, MJ, JOVER RAMÍREZ, C. “Teletrabajo y delimitación de las contingencias profesionales” ADAPT University Press *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* Volumen 3, núm. 4 de 2015

DELGADO DEL RINCON, L.E “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el RD Ley 7/2018, de 27 de julio” Centro de Estudios Constitucionales. *Revista de Estudios Políticos*, 186, de 2019

DE LA VILLA, L. E y DESDENTADO A., “Delimitación de competencias Estado-CCAA en la Constitución Española de 1978 (Las relaciones laborales y la seguridad social)” en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre estos temas celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1980

DÍAZ AZNARTE, MT. “La estructura de gestión de la asistencia sanitaria en España. Descentralización y papel de las CCAA” en AAVV. *Salud y Asistencia Sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I*. MONERO PÉREZ, JL, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA, MN, VILA TIERNO, F, ÁLVAREZ TORNES, JC. (directores) Editorial Thomson Reuters Aranzadi SAU, Cizur, 2021

DÍAZ DE TERÁN LÓPEZ, T. “El Sistema Nacional de Salud, Análisis y Reflexiones” en AAVV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* CAYO PÉREZ, L. LORENZO GARCÍA, R. (coordinadores) Editorial: Laborum, Murcia

ECHAZARRETA SOLER, C. PÉREZ GOMEZ, M.A, AUDEBERT M., SÁNCHEZ MIRET, C. “El Ciberacoso como elemento articulador de las nuevas violencias digitales: métodos y contextos” *Communications Papers Media Literacy&Gender Studies*. 2020 vol. 9

ECO, U. *Cómo se hace una tesis* título del original italiano *Como si fa una tesi di laurea* Traducción: BARANDA L. y CLAVERIA IBÁÑEZ, A Editorial Gedisa S.A, Barcelona, 2017. Pág. 23

ENÉRIZ OLAECHEA, FJ. “El alcance de los derechos estatutarios: la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, no 7,



ESCOBAR ROCA, G. “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español” *Informe presentado por la Revista Catalana de Dret Públic para el Informe General sobre el derecho a la salud presentado por la Red de Revistas de Derecho Constitucional en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional Jorge Carpizo, a celebrarse en Tucumán, Argentina, del 17 al 19 de septiembre de 2013*. Disponible en <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/09/13/el-derecho-a-la-salud-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-espanol-guillermo-escobar/>

FALGUERA BARÓ. “La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del TS. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral.” *Lex Social Revista jurídica de los derechos sociales*. núm. 1 de 2016

FERNÁNDEZ AVILÉS J. “Las contingencias protegidas. general, contingencias profesionales y contingencias comunes” AAVV *Tratado de derecho de la Seguridad Social Tomo I* MONEREO PÉREZ, JL, RODRIGUEZ INIESTA, G. (Dirección) Ediciones Laborum S.L Murcia 2017

FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, JR. “¿Qué es y que no es acoso laboral en la empresa?” [www.laboralsocial.com](http://www.laboralsocial.com) disponible en <https://www.laboral-social.com/descargas/acoso-laboral-empresa>

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R “La inclusión de las dolencias derivadas de la COVID-19 como enfermedad profesional: pros y ontras” en AA. VV *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*” Tomo I Editorial Laborum, Murcia, 2020

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S. *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*. Marcial Pons, Madrid, 2020

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. “Trabajo Decente y Prevención de Riesgos Laborales” en AA. VV *Trabajo Decente* MONEREO PÉREZ, J.L (Autor), GORELLI

HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, A.L, (Directores) LÓPEZ INSUA, B.M (coordinadora).

GARRIDO FALLA. F. *Comentarios a la Constitución* Editorial Civitats SA. Madrid, 1980

GALLEGO HERNÁNDEZ, A.C “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Universidad de Sevilla, Araucaria.*, número 40 de 2018,

GARCIA ALFARO, I, CARBALLEIRA RODRÍGUEZ, J.D. “Receta electrónica: diferencias entre CCAA que afectan al acceso a los tratamientos y a la calidad de la atención farmacéutica” *Anales del Sistema Sanitario de Navarra* volum. 43 número 3 de 2020

GARCÍA GOMEZ, M., Y CASTAÑEDA LÓPEZ, R., "Enfermedades profesionales declaradas en hombres y mujeres en España en 2004", *Rev. Esp. Salud Publica* vol.80 núm.4 Madrid jul./ago. 2006.

GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G., SABADELL BOSCH, M. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo” *UOC Oikonomics* número 4 de 2015

GARCÍA RUIZ P. Control de los procesos de IT asociados a los riesgos del trabajo y su interacción con el trabajo sin ser riesgos profesionales. *Tratado de Salud Laboral*, Aranzadi, 2012

GIL, José Luis. “La declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57 de 2020

GÓMEZ-MILLAN HERENCIA, MJ. “Marco Normativo de las enfermedades profesionales” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017

GONZÁLEZ GARCÍA, S. “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de la asistencia sanitaria: la posible universalidad de la asistencia sanitaria pública en el ámbito autonómico. AA. VV *En Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. PÉREZ BUENO, L.C, LORENZO GARCÍA, R. (coord.) Editorial laborum, Murcia 2016.

GONZÁLEZ LABRADA, M. “El reto de la teleasistencia y de la sanidad 4.0” en AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I* MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021

GONZÁLEZ ORTEGA S. “Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja parara un fenómeno social de relevancia” en AAVV *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores principales. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017

GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La naturaleza común o profesional, de las contingencias provocadas pro la COVID-19” Editorial Wolter Kluwer *Trabajo y Derecho* núm. 79 de 2021

GUASP DELGADO, J., ALONSO OLEA, M. *La pretensión procesal* Editorial Civitats, Madrid 1981

GUINDO MORALES, S. “La regulación legal del derecho a la salud y asistencia sanitaria: el modelo legal de protección”. En AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I* MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021

GARCÍA CALVENTE, M.M. “*Cures, gènere i salut: la desigualtat més invisible*” Universitat de Girona, Butlletí electrònic de promoció de la salut. abril de 2022

GARCÍA CALVENTE, M., DEL RIO LOZANO, M. MARCOS MARCOS, J. “Desigualdades de género en el deterioro de la salud como consecuencia del cuidado informal en España” Publicación por Elsevier España, S.L. Gaceta Sanitaria 2011

GINÈS I FABRELLAS, A. “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “Ley Rider”. Universitat Pompeu Fabra *IusLabor* 2/2021

GIRELA MOLINA, B. “La sanidad privada en España. Colaboración con el sector sanitario público. Gestión sanitaria pandemia COVID.” en AAVV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19* Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P.P, MORENO VIDA, N., VILA TIERNO, F, ÁLVAREZ CORTES, C. (directores) Editorial: Thomson Reuters, Aranzadi Cizur Menor, 2021

GONZÁLEZ COBALEDA, E. “La conexión entre los riesgos profesionales y los riesgos derivados del cambio climático” en AAVV. *Cambio climático y Derecho Social: claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, MOLINA NAVARRETE, C. (directora) MIÑARRO YANINI, M. (Ed) Editorial Universidad de Jaén 2021

GONZÁLEZ COBALEDA, E. “Riesgos Psicosociales, Derechos Fundamentales y NTCI: Una perspectiva de protección diferente” CEF *Revista de Trabajo y Seguridad Social* número 387 de 2015

GRAU PINEDA C. “De sirvientas a trabajadoras: la necesaria ratificación del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos” Universidad Pablo de Olavide *Lex Social Revista Jurídica de los Derechos Sociales* volumen 9, número 2 de 2019

HERNÁNDEZ, L.J, OCAMPO, J, RÍOS D.S, CALDERÓN C.: “El modelo de la OMS como orientador en la salud pública a partir de los determinantes sociales”. *Revista de Salud Pública*, vol. 19 de 2017, pp. 393-395 Disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revsaludpublica/article/view/68470/64656>

HIERRO HIERRO, FJ “La prestación por asistencia sanitaria. Cuestiones sobre su encuadramiento” Editorial Iustel Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social núm. 31 de 2012.

IGARTÚA MIRO, M.T. “La nueva lista de enfermedades profesionales y la inamoviidad respecto a las dolencias derivadas de riesgos psicosociales” Editorial La Ley, *Actualidad Laboral* núm. 22 de 2007

IGARTÚA MIRÓ, MT. “Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios: reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)” Editores Cinca. *Documentación Laboral* núm. 88 de 2010

IGARTÚA MIRÓ, MT. *Sistema de prevención de riesgos laborales* Editorial Tecnos Madrid, 2020

GONZÁLEZ ORTEGA. S “Las enfermedades profesionales: un concepto de delimitación compleja para un fenómeno social de relevancia” AAVV. *Las enfermedades profesionales* BARCELÓN COBEDO, S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. Investigadores responsables. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2017

LANDA ZAPIRAIN, JP. *La Reforma de la Sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*. Consejo económico y social, Madrid 1999

LAURENT V. “¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa.” Universidad Complutense de Madrid Cuaderno *de relaciones laborales* número 14 de 1999

LLEVADOT ROIG, RAMON M. *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña Volumen II* Instituto de Estudios Autonómicos 1990

LLORENS ESPADA, JULEN “La protección frente al acoso en el trabajo: delimitación a la luz de las últimas reformas normativas y estado de la cuestión en la jurisprudencia” en AAVV *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales*

para garantizar la igualdad de trato en el empleo” RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (directora).

LÓPEZ INSUA, BM. “Los convenios colectivos sectoriales”. AA. VV MONENREO PPÉREZ, L (Dir.), ARIAS DOMÍNGUEZ, A (Dir.) GORELL HERNÁNDEZ, J. (Dir.) VILA TIERNO, F. (Dir.) *Protección social de los trabajadores del campo en el Estado social autonómico: aspectos laborales y de Seguridad Social*. Ed. Laborum, 2019.

LÓPEZ INSUA, Belén del Mar. *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*. Editorial Laborum, Murcia 2017,

LOUSADA AROCHENA. J.F. *Enfermedades profesionales en perspectiva de género*. Edit. Bomarzo, Albacete 2021.

MALDONADO MOLINA, J. A “*La asistencia sanitaria en centros asistenciales de mayores y personas con discapacidad*” AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA M. N, VILA TIERNO, F, ÁLVAREZ CORTES, J.C (directores) Editorial Aranzadi SAU, Navarra 2021.

MARIN ARCE, J.I *El derecho a la seguridad y salud en el trabajo, expresión de los avances y retrocesos democráticos*, Bomarzo, Albacete, 2019

MARTÍNEZ BARBERO, G., GONZÁLEZ RIVAS, J.P. “Conciliación de la vida laboral y familiar durante la pandemia por COVID-19. Plan MECUIDA19” Edita: Instituto Universitario de Estudios de Género de la Universidad Carlos III de Madrid. *Femeris n° 2*

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “La incapacidad temporal como primera medida laboral y de protección social ante el COVID-19”, *Trabajo, Derecho, Persona y Mercado* Disponible en <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/09/incapacidad-temporal-y-covid-19-tras-el-rdl-13-2020/>

MARTIN CANO, MC. RUIZ SEISDEDOS, S. “Ley de dependencia una mirada con perspectiva de género” Colegio Profesional de Trabajo Social de Málaga. *Documentos de Trabajo Social. Revista de trabajo y acción social*. n 48 de 2010

MARTIN RODRIGUEZ, O. “El tecnoestrés como factor de riesgo para la seguridad y salud del trabajador” del País Vasco Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales, número 44 de 2020.

MATA PRIM, I, CASAS BAAMONDE, ME, GOÑI SEIN, JL “Art. 40” AAVV *Comentarios a la Constitución Española Tomo I Conmemoración del XL aniversario de la Constitución* RODRIGUEZ PIÑERO, M. FERRER, B, CASAS BAAMONDE, ME directores. Edita: Fundación Wolter Kluwer, BOE, TC y Ministerio de Justicia, Madrid 2018.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE L. “La reparación íntegra del daño en contingencias profesionales: protección de la salud e indemnizaciones por daños” Editorial Vlex *Revista de derecho laboral Vlex* julio 2021

MENÉNDEZ REXACH, A. “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas.” *DS: Derecho y salud*, vol. 11, no 1 de 2003

MIÑARRO YANINI, M.” Cambio climático y nuevas formas de empleo: el régimen del teletrabajo en clave de gestión ecológica” Bomarzo *Revista de derecho social* núm. 93 de 2021

MOLAS, Isidre (ed.). *Comentaris jurídics a l'estatut d'autonomia de Catalunya*. Edicions 62, 1982.

MOLINA HERMOSILLA, O. “El derecho a la asistencia sanitaria en su configuración histórica. Antecedentes y evolución histórica” *En AAVV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*. Tomo I. MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021

MOLINA NAVARRETE, C. “Un nuevo tiempo para la salud psicosocial en el trabajo: fragmentos de derecho vivo” CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social” agosto-septiembre 2021.

MOLINA NAVARRETE, C.” Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 138 de 2017

MOLINA NAVARRETE, C; MONEREO PÉREZ, JL. “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”. AA. VV Comentario a la constitución socioeconómica de España. MOLINA NAVARRETE, C, MONEREO PÉREZ JL, MORENO VIDA, MN (coord.) Edit. Comares, Granada, 2002

MOLINA NAVARRETE, C, MONEREO PÉREZ, JL. “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma" pactada". *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, 2003, no 8.

MOLINA NAVARRETE, C. “La pesadilla continua: el síndrome de covid-19 persistente (long covid) ¿nueva enfermedad incapacitante? 5 de octubre de 2022 *Cef Laboral Social* Disponible en <https://www.laboral-social.com/molina-navarrete-analisis-cuestiones-sociolaborales-covid-persistente.html>

MOLINA NAVARRETE, C, J. “El derecho a la seguridad y salud en el trabajo. El derecho a la mejora de las condiciones de trabajo. El derecho al descanso”. AA.VV. *Comentario a la constitución socioeconómica de España*. MOLINA NAVARRETE, C.; MONEREO PÉREZ, JL, MORENO, VIDA N. (coord.) Edit. Comares, Granada 2002.

MOLINA NAVARRETE, C. “Cal y arena: estado del arte interpretativo en materia de despido (razón productiva) por enfermedad (razón de la persona) con ocasión de la Sentencia del TSJ de Cataluña 4380/2021 de 14 de septiembre.” CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social núm. 464 de noviembre de 2021.



MONEREO PÉREZ, JI. “Derecho a la salud”. AA. VV. MONEREO ATIENZA, C; MONEREO PÉREZ, JL, AGUILAR CALAHORRO, A (coord.). *El sistema universal de los derechos humanos* Ed. Comares, Granada 2014

MONEREO PÉREZ, J. L. “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”. Francis Lefebvre *Derecho de las relaciones laborales*, no 3 de 2019, p. 255. MONEREO PÉREZ, J.L. ” La salud como derecho humano fundamental” *Wolter Kluwer Relaciones Laborales: crítica de teoría y práctica número 9* de 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L. “Derecho a la salud” en AA. VV *El sistema universal de los derechos humanos*. MORENO ATIENZA, C, MONEREO PÉREZ JL. AGUILAR CALAHORRO, A (directores) Editorial Comares S.L Granada., 2014.

MONEREO PÉREZ, J.L. “Derecho a la seguridad y salud en el trabajo” en AA. VV *El sistema universal de los derechos humanos*. MORENO ATIENZA, C. MONEREO PÉREZ JL. (directores) Editorial Comares S.L Granada., 2014.

MONEREO PÉREZ J.L, FERNÁNDEZ BERNAT J.A “El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social” *Edit. Wolters Kluwer La Ley Unión Europea* núm. 49 de 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L; MORENO VIDA, M.N. “La Directiva marco 89/391/CE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales”, AA. VV, CASAS BAAMONDE ME(Dtora) GIL ALBURQUERQUE, R. (Dtor) GARCIA PERROTE ESCARTIN I (coord.) GÓMEZ GARCÍA BERNAL, ADRIANO (coord.) SEMPERE NAVARRO, A.V (coord.) *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* Ed. Francis Lefebvre Madrid, 2019

MONEREO PÉREZ, JL, LÓPEZ INSUA, BM.” Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico crítico a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019” *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 6 de 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia 2016

MONEREO PÉREZ, JL GUINDO MORALES, S. “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52d) del ET” *BOE Revista de Jurisprudencia Laboral* núm. 7 de 2019.

MONEREO PÉREZ, J. L. “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación” AA. VV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* PÉREZ BUENO. L.C, LORENZO GARCÍA, R. (coord.) Editorial laborum, Murcia 2016.

MONEREO PÉREZ, JL. “Derechos fundamentales y prevención de riesgos en el trabajo en el contexto crítico de la Pandemia Covid-19” *Revista de jurisprudencia laboral* número 3/2021 Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001246](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001246).

MONEREO PÉREZ, JL. “Derecho a la seguridad social e higiene en el trabajo art. 3 de la Carta social europea” AAVV *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. MONEREO ATIENZA, C. MONEREO PÉREZ J.L Edit. Comares, 2017

MONEREO PÉREZ, JL GUINDO MORALES, S. “Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52d) del ET” *Revista de Jurisprudencia Laboral* núm. 7 de 2019.

MONEREO PÉREZ, JL. “Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social” Universidad Pablo de Olavide *Revista jurídica de los derechos sociales Lex Social* volumen 8 núm. 2 de 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *TRATADO DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL*. Coordinación: J.A. MALDONADO y A.L. DE VAL TENA. Ediciones laborum. 2017, TOMOS I y II

MONEREO PÉREZ, JL RODRÍGUEZ INIESTA, G. “Las medidas de seguridad social y otros instrumentos de protección social en la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual (conocida de manera popular como “Ley del sí es sí). Editorial Laborum. Revista de derecho de la seguridad social. Número 33 (4º trimestre 2022).

MONEREO PÉREZ. JL. “La seguridad social en la Constitución Española” en AAVV Tratado de derecho de la Seguridad Social Tomo I MONEREO PÉREZ, JL, RODRIGUEZ INIESTA, G. (Dirección) Ediciones Laborum S.L Murcia 2017

MONTOYA MELGAR A. “Asistencia sanitaria de la seguridad social SNS (apunte para un estudio)”. Aranzadi Social, núm. 75, 2004.

MONTOYA MELGAR, A, “Ejercicio y garantía de los derechos fundamentales en materia laboral” *Revista de Política Social* núm. 121 de 1979,

MONTOYA MELGAR, A. “Equidad y universalidad en la sanidad pública” Aranzadi Thomson Reuters. *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*. Núm. 174 de 2015

MORENO GENÉ, J. “La política empresarial de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (rec. 2943/2021)”. Universitat Pompeu Fabra. *IUSLabor* 3/2021

MORENO SOLANA, A. “Acoso sexual, acoso por razón de género y acoso moral. Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda” AA.VV *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa-* NIETO ROJAS, P (Directora) Editorial Dykinson, Madrid, 2021

MUÑOZ MACHADO S., MESTRE DELGADO, J.F, ALVÁREZ GARCÍA, V. “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”. AA. VV *Las estructuras del bienestar en Europa* MUÑOZ MACHADO, S. GARCÍA DELGADO, JL, GONZÁLEZ SEARA. L. (directores) Edit. Civitats Ediciones SL, Madrid, 2000,

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho público de las Comunidades Autónomas I*. Editorial. Civitas, Madrid, 1982

MURILLO DE LA CUEVA, E. “Derechos Humanos y atención sanitaria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Vol. 29 Extraordinario XXVIII Congreso 2019. PONENCIAS

NAVAS CASTILLO, A. “La igualdad de género en la reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña”. AA. VV *La reforma estatutaria y constitucional*. Vera Santos, Editorial La Ley, Madrid, 2009.

NIETO ROJAS, P. “El permiso menstrual en la ley de derechos sexuales y reproductivos” El País. Agenda Pública Disponible en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17990/permiso-menstrual-ley-derechos-sexuales-reproductivos>

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A. B “La atención sanitaria a las personas de edad avanzada” en AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I*. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA M. N, VILA TIERNO, F, ÁLVAREZ CORTES, J.C (directores) Editorial Aranzadi SAU, Navarra 2021.

OTEROS VALCARCEL G. “Gestión del personal al servicio de la sanidad pública. Problemática y riesgos. En particular en supuestos de pandemia” En AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I* MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIERNO, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021,

PALOMEQUE LÓPEZ, C.M “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”. *Actualidad laboral*, no 1 de 1992

PASTOR MARTINEZ A. “La protección de la SST de edad avanzada. El derecho a la adaptación de las condiciones de trabajo como límite al despido por ineptitud sobrevenida” Editores Cinca. *Documentación Laboral* núm. 112 año 2017

PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. “El concepto de salud laboral y vigilancia de la salud”. *Aranzadi social*, no 5 del año 2000,

PEMÁN GAVÍN, J. “Sobre el derecho constitucional a la protección a la salud”. *DS: Derecho y salud* vol. 12 de 2008

PÉREZ CAMPOS A. I “Los riesgos profesionales desde una perspectiva de género y en atención a los cambios demográficos” en AA. VV “Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria” AESS Editorial Laborum, Murcia, 2020

POQUET CATALÁ, R. "COVID-19, ¿Entre «situación asimilada a accidente de trabajo», accidente de trabajo y posible enfermedad profesional?". *Laborum Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia número 26 (2021)

POQUET CATALÀ, R, “Accidente de trabajo in itinere en el trabajo su difícil conjunción”. ADAPT University Press *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volum. 5 núm. 4 de 2017

PORTELL SALOM, N. “La administración de la vacuna contra la Covid-19 en personas que no puedan prestar consentimiento” *vlex Revista de derecho administrativo* número 6 de julio 2021

PRECIADO DOMENECH, C.H. “Vacunación obligatoria de menores: multa y exclusión de los menores de preescolar” *Revista de Jurisprudencia Laboral*- Número 4/2021 Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001259](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001259)

PULIDO, S. “El reconocimiento del burn out debe utilizarse como medida de prevención” *Gaceta médica 31 de mayo de 2019* Disponible en <https://gacetamedica.com/investigacion/el-reconocimiento-del-burn-out-debe-utilizarse-como-medida-prevencion-bk2095157/>

PURCALLA BONILLA, M. A, “El empleador y su deber de prevención (II): obligaciones específicas (colectivos especialmente sensibles)”, Editorial Tirant lo

Blanch en AA.VV *Manual de derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*  
GARRIGES GIMÉNEZ, A. (directora) Valencia, 2015

QUINTERO LIMA, M.G. “La Agenda 2030 y un nuevo Derecho Social” Noticias cielo  
www.cielolaboral.com número 9 de 2021

RAMON SÁNCHEZ, M, TORRES LÓPEZ, J, RODRÍGUEZ MUÑOZ, A. “La gestión del acoso por razón de sexo y del acoso sexual en las empresas españolas. Una propuesta de mejora de los protocolos existentes” en CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social 458 mayo 2021

RAMOS QUINTANA, M.I “Tiempo de trabajo y conciliación de vida personal, familiar y laboral. Riesgos psicosociales emergentes” en AAVV *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes* RAMOS QUINTANA M.I, GRAU PINEDA, M.C Bomarzo, Albacete, 2013

RAMOS QUINTANA. M.I. “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre” Editorial: Wolter Kluwer Relaciones Laborales: *Revista crítica de teoría y práctica* número 1 de 2005

RAMOS QUINTANA, M.I “Envejecimiento activo en la sociedad del cansancio” Editorial Wolters Kluwer *Trabajo y Derecho* número 54 de 2019

RAMOS QUINTANA M.I “El futuro de las mujeres- el futuro de la humanidad: más derechos efectivos para un empoderamiento real”. Editorial OIT Oficinal para España. Fuente del Trabajo: Trabajo Decente para todo número 3 disponible en <https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/lang--es/index.htm>

RAMOS QUINTANA M.I. “El Pilar Europeo de Derechos Sociales. ¿nos ponemos serios?” Editores: *Wolter Kluwer Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*”, número 24 de 2016

REYES MARTÍNEZ, M. “Tiempo de trabajo y desconexión digital. Hacia una nueva ordenación a partir de la normativa comunitaria y su interpretación judicial” *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social “Derecho Social Internacional y de la Unión Europea”*, núm. 154/2022

RICOU CASAL, M. “El "burn out": las nuevas enfermedades psicosociales se abren paso como un accidente laboral. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía / Sevilla 1683/2017, de 1 de junio”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos* no. 420 de 2018

RIVAS VALLEJO, P. “El cambio climático como factor modificador de la exposición a los riesgos del trabajo” AA.VV. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria* Tomo II. ORTIZ CASTILLO, F. (director) Editorial Laborum Murcia 2020

RIVAS VALLEJO, PILAR, “Salud y género: perspectiva de género en la salud laboral” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Número extra-74, 2008

RIVAS VALLEJO, P. “Trabajadoras con enfermedades crónicas y discriminación múltiple” Bomarzo *Revista de derecho social* número 54 de 2011

RODRÍGUEZ ESCANSIANO, S. “El acceso de la mujer a puestos de liderazgo en la empresa. principales obstáculos” en AAVV *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas para garantizar la igualdad de trato en el empleo* RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (directora) Editorial Aranzadi SAU, Pamplona, 2020

RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R. “La protección jurídico-laboral del trabajador enfermo en España” *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 196 de 2017.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “Descanso diario y descanso semanal en la Directiva 2003/88/CE” *Briefs AEDTSS*,21, 2023

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. “¿Evolución o involución sanitaria tras las últimas reformas?: propuestas de blindaje del contenido básico de la protección de la salud ante las tensiones socioeconómicas del sistema”. AA. VV En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*. PÉREZ BUENO, L.C, LORENZO GARCÍA, R. (coord.) Editorial laborum, Murcia 2016.

ROJO TORRECILLA, E. “Las muchas y claras restricciones a la no aplicación de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo a las fuerzas de policía. Notas a la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto c-211/19)” de 1 de mayo de 2020 *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/05/las-muchas-y-claras-restricciones-la-no.html>

ROJO TORRECILLA, E. “Lucha contra la inmigración irregular en la Unión Europea y sanciones a los empleadores” de 29 de julio de 2009 Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2009/07/lucha-contra-la-inmigracion-irregular.html>

ROJO TORRECILLA, E. “La empresa a la que no le gustaba que su personal estuviera de baja... y por ello procedía a su despido (y la importancia de los hechos probados). Notas a la sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de septiembre de 2021”. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales* Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/10/la-empresa-la-que-no-le-gustaba-que-su.html>

ROJO TORRECILLA, E. “Despido por absentismo y discriminación por discapacidad. Llegó el final del caso que dio lugar a la sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (asunto C-270/16). Una nota a la sentencia del TS de 22 de febrero de 2022 (inexistencia de contradicción a efectos del RCUd). “*El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada crítica abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*” 4 de marzo de 2022 Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/03/despido-por-absentismo-y-discriminacion.html>

ROJO TORRECILLA, E. “Notas sobre el acoso sexual en el ámbito laboral. Referencias normativas y resoluciones judiciales” *EL nuevo y cambiante mundo del*



*trabajo. una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*” 24 de noviembre de 2022 Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/11/notas-sobre-el-acoso-sexual-en-el.html>

ROJO TORRECILLA, E. “El TC refuerza la (des) protección sanitaria de los inmigrantes en situación irregular. Notas críticas a la sentencia núm. 134/2017, de 26 de noviembre (con cinco votos discrepantes) y amplio recordatorio de la sentencia núm. 139/2016 de 21 de julio (y II)”. Disponible en:

[http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/el-tc-refuerza-la-des-proteccion\\_7.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/el-tc-refuerza-la-des-proteccion_7.html)

ROJO TORRECILLA, E. GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. “La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. STJUE (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18)” *Revista de Jurisprudencia Laboral* número 3/2019” Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000424](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000424)

ROJO TORRECILLA, E. “Tiempo de trabajo. Descanso diario y descanso semanal: dos períodos de tiempo claramente diferenciados” *BOE. Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 3/2023

ROJO TORRECILLA, E. Blog:” El tiempo de trabajo en la jurisprudencia del TJUE. Importante Comunicación de la Comisión Europea de 24 de marzo de 2023, y un apunte a las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales.” *El nuevo y cambiante mundo del trabajo., Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.* <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/el-tiempo-de-trabajo-en-la.html>

ROJO TORRECILLA, E. Blog: El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades Laborales. “Precariedad laboral y salud mental. Notas al Informe de la Comisión presentado el 17 de marzo” de 28 de marzo de 2023. Disponible en [el blog de eduardo rojo: precariedad laboral y salud mental. notas al informe de la comisión presentado el 17 de marzo. \(eduardorojotorrecilla.es\)](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/el-tiempo-de-trabajo-en-la.html)

RUANO ALBERTOS, S. “Las condiciones de seguridad y salud de los empleados de hogar: ante la necesidad de una más efectiva protección de sus derechos” en AAVV. *Análisis práctico de la LPRL* TOSCANI GIMÉNEZ, D. (dir.) ALEGRE NUENO, M. (dir.) Aranzadi, Navarra, 2016

RUIZ GONZÁLEZ. “La Covid-19 como enfermedad profesional, incluso con PCR negativa posterior, si persisten las patologías derivadas de la misma, sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Talavera de la reina, de 21 de mayo de 2021” vLex *Revista de Derecho Laboral* núm. 3 julio 2021

SABADELL BOSCH, GARCÍA GONZÁLEZ CASTRO, G. “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo.” *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, número 4 de 2015

SÁEZ LARA, C. “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, no 130 de 2015

SÁENZ ROYO, E. “La prestación sanitaria en el Estado autonómico: las incongruencias entre el modelo competencial y su financiación. Revista Española de Derecho Constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional* 2020, número 119 Disponible en [La prestación sanitaria en el Estado autonómico: las incongruencias entre el modelo competencial y su financiación | Revista Española de Derecho Constitucional \(fecyt.es\)](#)

SAN MARTIN, C. “Comentarios al artículo 4 de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Integración del principio de igualdad e la interpretación y aplicación de las normas” *Editorial Aranzadi S.A.U Thomson Reuters Aranzadi* mayo de 2008. Disponible en <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Carlart4.pdf>

SANCHEZ PÉREZ, J. “Las patologías asociadas a los riesgos psicosociales y las dificultades para su adecuada atención sanitaria”. En AAVV *Los retos actuales de la*

*asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* PEREZ BUENO, L.C y DE LORENZO GARCÍA, R. (coordinadores) Editorial Laborum, Murcia 2016

SÁNCHEZ PÉREZ, J.: *Una visión global y práctica de los riesgos psicosociales en el ámbito laboral. Estrés laboral, síndrome del trabajador quemado, acoso laboral y sexual y enfermedades de súbita aparición* Editorial Comares, Granada 2016.

SANCHEZ TRIGUEROS, C.: “El impacto de la Industria 4.0 en las relaciones de trabajo: el derecho a la desconexión digital. *El impacto de la Industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar.*” Dir. Kahale Carrillo, D. director. Editorial Aranzadi S.A.U Navarra 2020

SÁNCHEZ TRIGUEROS. C.” Enfermedades profesionales atípicas y claves para el encuadramiento de los daños derivados de riesgos psicosociales en el sistema de protección social: estado de la cuestión” en AAVV CAVAS MARTÍNEZ, F. (director) Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo (Subvenciones para el Fomento mde la Investigación de la Protección Social- FIPROS-)

SANGUINETTI, W. “¿Derecho a la desconexión o deber de reconexión digital?”. Editorial Wolter Kluwer *Trabajo y derecho* núm. 78 de 2001.

SANGUINETTI W. “El Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso y los desafíos de su aplicación por los Estados” Editorial CISS Trabajo y Derecho, núm. 95 noviembre de 2022.

SANTIAGO REDONDO, K. “Artículo 43” AAVV. *Comentarios a la Constitución Española* RODRIGUEZ M. FERRER, B. CASAS BAAMONDE. ME. (directores) Tomo I Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución. Edita: Fundación Wolter Kluwer, BOE, TC y Ministerio de Justicia. , Madrid,2018

SANZ SÁEZ, C. “La exclusión de la prevención de riesgos laborales d ela relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de la s posibles razones.” En *Lan Harremanak*, 44,

SANZ SÁEZ, C. “La necesidad de reforma de las trabajadoras del cuidado y del servicio doméstico” en AEDTSS. Publicado el 28 de mayo de 2022. Disponible en <https://www.aedtss.com/la-necesidad-de-la-reforma-de-las-trabajadoras-del-cuidado-y-del-servicio-domestico/>

SÁEZ LARA, C *Temas Laborales* núm. 130 de 2015

SELMA PENALVA, A. “El accidente de trabajo en el teletrabajo. “Situación actual y nuevas perspectivas”. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. *Temas Laborales. Revista Andaluza de trabajo y bienestar social* núm 134 de 2016.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y San Martín MAZZUCONI, C, Nuevas tecnologías y relaciones laborales, Pamplona Aranzadi, 2002

SEMPERE NAVARRO, A.V, OLIVARES FRANCO, F. “Notas sobre el régimen jurídico de MUFACE” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Revista de Política Social* núm. 144 de 1984

SEVILLA, F. “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social” Ministerio de Trabajo *Fundación Alternativas* 2006.

SEVILLA GARCIA, E., “Perspectiva sanitaria de género” en AAVV Tratado de Salud Laboral Tomo II. RIVAS VALLEJO, M.P y MONEREO PÉREZ, JL (directores) Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.

SIERRA HERNÁIZ, E. “Perspectiva de género en materia sanitaria” en AA. VV Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19 Tomo I. MONEREO PÉREZ, J.L, RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA M. N, VILA TIerno, F, ÁLVAREZ CORTES, J.C (directores) Editorial Aranzadi SAU, Navarra 2021.

SOBRINO GONZALEZ, G. *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SUÁREZ CORUJO, B. “Asistencia sanitaria y seguridad social: los amores difíciles” en AAVV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea* Pérez Bueno L.C, Lorenzo García, R. (coordinadores) Editorial Laborum Murcia 2016.

TEIJEIRO LILLO, M. E: “La practica profesional a través de dispositivos móviles electrónicos” en AA. VV *Salud electrónica perspectiva y realidad* PÉREZ GÁLVEZ J. F (director). Edt. Tirant o Blanch, Valencia, 2017

TRILLO GARCÍA, A.R “El impacto de la Covid-19 sobre la gestión de sanidad en España. Implicaciones de presente y de futuro y papel de las entidades locales” en AA. VV *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19* Tomo I MONEREO PÉREZ, JL., RIVAS VALLEJO, P, MORENO VIDA MN, VILA TIerno, F., ALVÁREZ CORTÉS, J.C (directores) FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., PEDROSA ALQUÉZAR, SI (coordinadoras) Edit. Aranzadi S.A.U Pamplona 2021.

TUDELA CAMBRONERO. G. “La protección de la seguridad y salud laboral en España: balance y perspectivas” AAVV. *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes* RAMOS QUINTANA, I (directora) GRAU PINEDA (coordinadora) Edit. Bomarzo, Albacete, 2013

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. “Envejecimiento y prevención de riesgos laborales”. Edita: Universidad del País Vasco. *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales* número 24 de 2011

USHAKOVA T. “Convenio sobre el trabajo a domicilio 1996 (núm. 177)” Editores: ADAPT University Press. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 7 N° Extra-0 2019 (ejemplar dedicado a: Conmemoración del Centenario de la OIT, 2019 Comentario elaborado en el marco del Proyecto de Investigación Nuevas (novísimas) tecnologías de la información y comunicación y su impacto en el mercado del trabajo: aspectos emergentes en el ámbito nacional e internacional (DER2016-75376-R) dirigida por la Profa. Dra. Lourdes Mella Méndez.

VALERA DIAZ, S. “La idea del deber constitucional” *Revista Española de derecho constitucional* número 4 de 1982

VALLECILLO GÓMEZ, M.R: “El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* volum. 8 de 2020

VALLEJO DA COSTA. R. *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos*. Editorial Bomarzo., Albacete, 2019.

VALLS-LLOBET C. “*Mujeres invisibles durante la pandemia*” en Universitat de València.*Mètode. Revista de difusió de la investigació* número 4 diciembre 2020

VELA DÍAZ, R. “La primacía del despido por absentismo laboral sobre la enfermedad bajo el prisma del *TEDH*: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de marzo de 2021 (Caso Gloria Raventós Martínez V. Spain)”. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, no 81 de 2021

VELASCO LOZANO, J. “Desconexión digital: más allá de la (escasa) normativa española. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo e instrucciones prácticas para el respeto de este derecho” *Vlex Revista de Derecho Laboral Vlex* núm. 2 abril de 2021

VÉLEZ ARANGO, A. “Nuevas dimensiones del concepto de salud: el derecho a la salud en el estado social de derecho”. *Revista Hacia la Promoción de la Salud*, 2007, vol. 12 de 2007

VERA SANTOS, J. M.; DÍAZ REVORIO, F. J. La reforma estatutaria y constitucional. *La Ley, Madrid*, 2009.

VICENTE PACHES, F. “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo” en Editorial Lex Nova *Revista de Información Laboral* núm. 2 de 2017

VILA TIERNO, F. “El derecho de la Unión Europea en materia de protección a las personas mayores” en AAVV *La protección a la seguridad social a las personas mayores, retos para el siglo XXI* PERAN QUESADA. S. VILA TIERNO, F. (directores). Editorial Bomarzo, Albacete, 2022

VILLALOBOS HIDALGO J. “El sistema sanitario frente a la crisis del coronavirus” Blog de los estudios de Ciencias de la Salud de la UOC, de 3 de abril de 2020 disponible en <https://blogs.uoc.edu/cienciasdelasalud/gestion-sistema-sanitario-tesis-coronavirus-covid19/>

VILA TIERNO, F. “El derecho de la Unión Europea en materia de protección a las personas mayores” en AAVV *La protección a la seguridad social a las personas mayores, retos para el siglo XXI* PERAN QUESADA. S. VILA TIERNO, F. (directores). Editorial Bomarzo, Albacete, 2022

---