

Reflexiones para un estudio sobre las relaciones laborales de los seropositivos al VIH y enfermos de SIDA



gais positius

www.gaispositius.org

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN

**II.- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD:
EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS
DATOS**

**III.- EL TRABAJADOR SEROPOSITIVO AL VIH: ¿UN
ENFERMO?**

**IV.- EL MERCADO LABORAL Y EL TRABAJADOR
SEROPOSITIVO AL VIH**

**V.- EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL
CON EL TRABAJADOR SEROPOSITIVO**

A) El deber de rendimiento:

Despido por ineficacia del trabajador.

B) El deber de asistencia:

Su incumplimiento.

C) La no discriminación del trabajador afectado por el VIH.

D) La defensa de los derechos de los trabajadores.

E) La modificación de las condiciones de trabajo.

I.- INTRODUCCIÓN

Desde su aparición, hace ya más de veinte años, el SIDA como enfermedad ha demostrado que puede provocar no solo la muerte, sino también un cambio substancial en la vida de quién la padece. Se ha podido constatar que la problemática que soporta el afectado va mucho más allá de las meras consecuencias que para su salud puedan originarse, generando efectos de rechazo y de discriminación inesperados.

El gran desconocimiento social relativo a quién, como y cuando puede contraer el VIH/SIDA, ha permitido que el portador de anticuerpos al Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) que en adelante nombraremos como seropositivo, o bien quién por la misma causa pueda tener afectado su sistema inmunológico, como para haber desarrollado alguna enfermedad oportunista (enfermo de SIDA), se encuentren muchas veces sometidos a un injusto y también ilícito ostracismo que los aleja de una deseable normalidad que les permita desarrollarse y poder vivir con dignidad.

De esta forma, muchas veces se provoca un doble aislamiento del afectado; por un lado, el debido a la reacción de las personas que componen su entorno, y por otro, un eventual autoaislamiento, motivado por la interiorización de aquello que los otros puedan pensar o creer.

Por eso, este análisis comenzará por ver que hemos de entender por confidencialidad; es decir, la consecuencia inmediata del derecho fundamental a la intimidad personal, reconocido por la Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

Queremos centrar el estudio en el análisis de uno de los aspectos de la vida diaria que con frecuencia pasa más desapercibido para quienes no conocen de cerca la realidad del VIH/SIDA: el mundo del trabajo.

En concreto, analizaremos si un trabajador seropositivo puede ser considerado o no como un enfermo. Veremos que papel ha de jugar el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de sus datos en la relación laboral, o sea, ante el empresario, la empresa y el puesto de trabajo, tanto si ya lo tenemos, como incluso, antes de lograr ser contratados por una determinada empresa.

Por último, consideraremos las posibles herramientas de defensa de los derechos del trabajador seropositivo, cuando la actitud del empresario suponga algún tipo de discriminación respecto a su persona y/o su derecho al trabajo.

II.- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD: EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS.

La Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 reconoce en su artículo 18 el derecho fundamental a la intimidad, el honor y a la propia imagen de todos y cada uno de los ciudadanos. También, reconoce en el artículo 14 el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por ninguna razón o circunstancia personal o social.

Nos vemos en la necesidad de comenzar por el análisis del contenido del derecho a la intimidad, la imagen y el honor de la persona, en su vertiente del derecho subjetivo a la confidencialidad de sus datos.

No tratamos de justificar ni tampoco de esconder ninguna realidad, sino que pretendemos en este punto proporcionar algunas herramientas para intentar proteger de aquellas situaciones en las que reine la desinformación o bien la ignorancia total o parcial hacia los seropositivos y los afectados por el SIDA en sus relaciones laborales.

Esta ignorancia o desinformación ha llevado con frecuencia a creer a muchas personas que un portador de anticuerpos del SIDA es un peligro, o bien un elemento pernicioso para quienes conviven con él. La falta de conocimientos respecto al SIDA y su realidad, ya sea voluntaria o involuntaria, ha fundamentado con frecuencia situaciones de abuso hacia el trabajador afectado, tanto en lo referente a sus compañeros de trabajo, o también respecto a la conducta de los empresarios.

Ambas situaciones pueden comportar, y comportan, consecuencias al trabajador seropositivo que puede encontrarse inesperadamente inmerso en un ambiente irrespirable en su lugar de

trabajo, provocado por sus compañeros o por el empresario, pudiendo llegar a situaciones equiparables al denominado *mobbing* laboral, despido sin ninguna causa objetiva real o simplemente a bajas voluntarias motivadas en depresiones, por parte del trabajador agraviado.

Por lo expuesto, ambos derechos han de ser contemplados desde una óptica lo más amplia posible. Además esto está avalado por diversas normas jurídicas que han desarrollado el derecho a LA INTIMIDAD de la persona en el ámbito laboral y que nos obligan a analizar en primer lugar lo que prevé el artículo 4.2. del Estatuto de los Trabajadores, norma básica del Derecho Laboral español. Así, dejamos constancia que el Estatuto sitúa en la base de la relación laboral "*...el respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad*".

Por otro lado, en un marco colateral, hemos de tomar en consideración otras normas que complementan el conjunto legal protector del derecho a la intimidad:

a) Ley Orgánica 1/82, de Protección Civil del honor, la intimidad y la propia imagen, que circunscribe el ámbito del derecho a la intimidad, quedando "*...delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, para sus propios actos mantenga cada persona, reservado para si mismo o para su familia*".

b) Otra norma que pretende garantizar el respeto de LA INTIMIDAD de las personas es la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), que proclama con carácter general y como tarea de las diferentes Administraciones sanitarias, el respeto a la confidencialidad de toda información relacionada con el proceso terapéutico, así como de los eventuales ingresos en centros públicos, o

bien colaboradores de estos. Así mismo, en los artículos 9, 10 y 11 proclaman el conjunto de los derechos de los enfermos, incluyendo al listado, el derecho a la confidencialidad de sus propios datos.

c) La configuración jurídica del derecho a la confidencialidad del proceso sanitario queda reforzada por el vigente Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) que establece sanciones de prisión de hasta cuatro años, multa de hasta veinticuatro meses y inhabilitación de hasta seis años, para aquel profesional sanitario que pudiese revelar datos de sus pacientes, amparándose en la ya mencionada Ley General de Sanidad.

d) Por último, es necesario mencionar la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre), que prevé que cualquier medida que tuviese una intención de vigilancia y control de la salud de los trabajadores, solo podrá implementarse respetando LA INTIMIDAD y la dignidad del trabajador.

Todo lo que hasta ahora hemos reseñado, obliga sin más a colegir que el derecho a la confidencialidad (y por tanto a la intimidad) merece una especial protección, debida a su carácter: no nos encontramos ante un derecho cualquiera, sino ante un derecho subjetivo que el Parlamento, a medida que ha ido creando distintas normas reguladoras para el mundo laboral, ha entendido que requerían una atención especial por parte de los Poderes Públicos.

No obstante, el legislador ha dejado puertas abiertas a situaciones que pasan desapercibidas y que pueden vaciar de contenido este derecho reconocido al trabajador. En este sentido, la ya citada Ley de Protección de Riesgos Laborales establece en su artículo 22 la obligación por parte del empresario de garantizar a los trabajadores la vigilancia periódica de

su estado de salud, *en función de los riesgos inherentes al lugar de trabajo.*

La vigilancia por parte del empresario deberá respetar siempre los derechos a la intimidad y a la dignidad del trabajador. Los resultados serán comunicados al trabajador. El problema, no obstante, proviene de la previsión fijada con respecto a quién podrá hacer uso de los datos obtenidos y quién tendrá acceso a los mismos. Según la Ley, podrán acceder y utilizar estos datos, el personal sanitario que interviene en su obtención; es decir, personal adscrito a la Seguridad Social, o entidades colaboradoras, como pueden ser, las mutuas patronales.

Y, si bien no se permite explícitamente que el empresario obtenga los datos relativos a la salud del trabajador, la Ley establece que *"...el empresario y las personas u organismos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador"*.

Esta previsión comporta claramente una "puerta falsa" por la que se puede llegar a vaciar sin problemas el contenido del derecho a LA INTIMIDAD. Esto es así por diversos motivos: primero, porque cuando es la mutua patronal la que tiene en su poder los datos, facilitará al empresario sin poner dificultades las pruebas y evaluaciones efectuadas. Así, el empresario, y el trabajador, tendrán conocimientos de cuales son las circunstancias de salud del trabajador; segundo, ya que el órgano responsable en materia de prevención de riesgos laborales en las empresas es la denominada Comisión de Salud y Seguridad en el Trabajo, formada por el empresario y/o sus representantes, así como los representantes de los trabajadores. De esta forma, constatamos que los datos personales del trabajador terminan en poder de varias personas

distintas a él mismo: el personal sanitario, el empresario y los representantes de los trabajadores. Es decir, que la confidencialidad queda en manos de personas que no tienen obligación legal de mantener la confidencialidad de los datos personales.

Y, precisamente, por esta situación de peligro generada respecto al derecho a la intimidad de las personas, así como de la confidencialidad de sus propios datos, es que hemos de contemplar la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su conjunto, tal como hemos hecho aquí.

Como decíamos al inicio de estos Apuntes, el hecho de que el trabajador seropositivo necesite del escrupuloso respeto a su derecho a LA INTIMIDAD se fundamenta en la desinformación e ignorancia de aquellas personas que integran su entorno: no todos saben como se transmite el VIH, ni cual es la diferencia entre un seropositivo y una persona ya afectada por el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida.

La misma Ley de Prevención de Riesgos Laborales prevé en su artículo 19 que ha de ser el empresario quién garantice que el trabajador reciba "*...una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada...*", teniendo que "*...adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos, repitiéndola periódicamente, si fuese necesario*".

Deja en manos del empresario la responsabilidad, no solo en el uso de los datos confidenciales, sino también en la recepción y transmisión de información para todos y cada uno de los trabajadores a su cargo, con la finalidad que así puedan conocer qué es y como se transmite el VIH/SIDA, y que eventual riesgo comporta para el resto de sus compañeros, la convivencia con un seropositivo.

Sin duda, la verdad y la información pueden ser un contrapeso muy claro a la necesidad de confidencialidad que hasta ahora hemos analizado. Es necesario, por tanto, insistir de nuevo en que no se trataría de intentar ocultar la realidad sobre la salud del trabajador afectado por el VIH/SIDA, sino de que realmente se conozca el alcance de lo que supone la convivencia con un seropositivo.

Es necesario también tomar en consideración que, mientras la deseable formación de los trabajadores no se haya materializado de una forma palpable, el único escudo protector que dispondrá el trabajador seropositivo, para no verse discriminado en su ámbito laboral, quedará circunscripta al respeto escrupuloso de su derecho a LA INTIMIDAD, así como a la confidencialidad de sus datos sanitarios.

Todo esto queda claro, si tenemos presente que piensa o que sabe, en líneas generales, la población sobre el VIH/SIDA: entendemos que poca gente es consciente de que el SIDA es una infección vírica que provoca una progresiva destrucción del sistema inmunitario, generando a raíz de esta deficiencia, la posibilidad de contraer sucesivas infecciones por enfermedades denominadas oportunistas, ya que no afectan a quienes tienen su sistema inmunológico sano.

La fórmula de transmisión del VIH, no es sencilla dado que para pasar de una persona a otra, se necesita un trasvase de fluidos (sangre, semen, flujos vaginales, leche materna) que han de irrumpir, a temperatura corporal, de forma directa en el riego sanguíneo. Las enfermedades oportunistas suelen aparecer en momentos de declive del sistema inmunológico; ahora bien, poca gente sabe que para no llegar a la irreversible destrucción de su sistema inmunológico, el paciente puede ser tratado en base a un cóctel de medicación antiretroviral que le ayudará a frenar la enfermedad y a mejorar su calidad de vida.

Resumiendo podemos decir que una parte importante de la población desconoce de forma clara cuales son los mecanismos transmisores del VIH, motivo por el cual pueden llegar a creer erróneamente que el SIDA se puede transmitir como cualquier otra infección vírica; y prácticamente todos desconocen cual es y en que consiste el tratamiento médico que permite frenar el deterioro inmunológico; las consecuencias físicas y psíquicas del mismo y saber cual ha de ser el comportamiento adecuado de quienes se mueven el entorno del afectado.

Queremos insistir una vez más en que el VIH/SIDA es cosa de todos, que todos estamos expuestos a padecerla, pero que, una vez detectada, puede mantenerse controlada. Es cosa de todos saber actuar y dar respuesta a la presencia de un compañero de trabajo, o bien de un subordinado seropositivo, como también es básica la corresponsabilidad de los empresarios en la concienciación social de los trabajadores, respecto al VIH/SIDA y el conjunto de circunstancias que genera.

III.- EL TRABAJADOR SEROPOSITIVO: ¿UN ENFERMO?

Según lo analizado con anterioridad, desde el momento en que una persona está infectada por el VIH, el desarrollo de los acontecimientos se deriva a dos posibles situaciones: la primera, que se detecta mediante un análisis de sangre, en que la persona afectada por el virus genera anticuerpos por su sistema inmunológico, de manera que el virus se encuentra presente en su organismo, pero sin que todavía se aprecie un evidente deterioro del sistema inmunitario. La segunda situación puede consistir en que se detecte la presencia del virus, una vez que ya ha dañado el sistema inmunológico, por lo que la persona puede verse afectada por las denominadas enfermedades oportunistas que, a pesar de poder ser tratadas farmacológicamente, pueden provocar graves consecuencias.

Queda por tanto bien claro que solo la segunda de las situaciones enunciadas puede mostrar la situación de una persona enferma. Es decir, una persona que puede padecer algún tipo de alteración grave en su salud que le impide desarrollar con normalidad su vida.

No obstante, el problema radica en determinar si un seropositivo, es decir, una persona que vive la primera de las circunstancias ya señaladas puede ser considerado, o no, como un enfermo.

Este punto es más relevante de lo que parece, ya que se derivan consecuencias inmediatas para la persona, según lo que la legislación prevé. En este sentido y con efectos meramente expositivos y no limitativos, habremos de citar las normas siguientes:

A) Artículo 43 de la Constitución de 29 de diciembre de 1978, que reconoce el derecho a la protección de la salud y la obligación de los Poderes Públicos de tutelar la salud pública.

B) Artículo 41 de la Constitución de 29 de diciembre de 1978, relativo a que los Poderes Públicos mantendrán un sistema público de Seguridad Social.

C) Artículo 49 de la Constitución de 29 de diciembre de 1978, respecto del deber de los Poderes Públicos de llevar a término una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados.

D) Artículo 50 de la Constitución de 29 de diciembre de 1978, que obliga a los Poderes Públicos a garantizar la suficiencia económica de la tercera edad.

E) Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

F) Ley General de Sanidad, Ley14/1986, de 25 de abril.

G) Real Decreto sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, Real Decreto 56/1988, de 25 de abril.

Podemos constatar, por tanto, que el Estado está obligado por la Ley y sus posteriores normas de desarrollo, teniendo que cumplir este deber de prestaciones al ciudadano. Este deber tendrá como reflejo por un lado el que se trata de prestaciones en toda regla (dotación de centros sanitarios, de asistencia, etc.) o por otro lado, el reconocimiento de

diversos derechos al ciudadano, en el ámbito laboral, tales como el derecho a gozar de permisos, bajas o bien excedencias.

Dicho esto, resulta clara la conclusión: si tenemos en cuenta que el trabajador seropositivo no es un enfermo, pero sí que se sirve de las prestaciones del servicio sanitario, tendremos unas consecuencias que serán diferentes y que no están expresamente contempladas en ninguna legislación.

De entrada, habríamos de tener presente que la persona seropositiva puede requerir un determinado tratamiento clínico que puede obligarla a someterse a reiteradas visitas médicas, tratamientos y pruebas diversas que, por desgracia, coincidirán por norma general con su horario laboral. De igual forma, los tratamientos farmacológicos prescritos podrán producir efectos secundarios no deseados, tanto a nivel físico como psíquico. Se generará de esta forma una situación de ausencias en el puesto de trabajo que el empresario puede llegar a considerar injustificada o exagerada.

Esto hace que la actitud del empresario resulte capital en este tipo de casos, siempre que la pretensión sea la de rentabilizar al máximo el puesto de trabajo, o por el contrario de entender la nueva situación que soporta el trabajador. Dada la importancia que asume este aspecto, lo abordaremos con mayor detenimiento en el punto 5 de estos Apuntes.

En conclusión, entendemos básico el destacar que el trabajador seropositivo no es un enfermo, a pesar de que en la vida diaria, y sobretodo desde un punto de vista de prestaciones hospitalarias, su situación pueda ser asimilada a la de un enfermo de carácter crónico. Dejamos constancia de que este punto de vista no está refrendado

oficialmente por criterios médicos, ni por los jueces de los Tribunales que tienen que aplicar las normativas sociales y laborales.

Se trata de personas que requerirán de una adaptación de la realidad laboral a sus posibilidades efectivas como fuerza de trabajo, que no disponen de una regulación específica que los ampare.

En estos casos, son las Organizaciones Sindicales las que pueden mostrar una influencia importante en el proceso, sobre todo desde la perspectiva de los convenios colectivos, para establecer acuerdos generales con los empresarios. Es en estos convenios colectivos donde se pueden incluir cláusulas de no discriminación a los trabajadores que padecen enfermedades crónicas y/o asimilables, pactando para obtener la configuración de ambientes laborales favorables para el tratamiento o rehabilitación, partiendo del respeto escrupuloso al derecho de estas personas a su intimidad y evitando la difusión de su situación ante el resto de sus compañeros.

Además, será necesario igualmente comprometer no solo a los empresarios, sino también a las Administraciones Públicas, en el cumplimiento de sus obligaciones, ya que en el medio laboral se ha de recibir de forma oportuna, información y concienciación del que supondrá para el trabajador seropositivo el hecho de someterse a tratamientos, visitas médicas y/o pruebas periódicas, así como de los efectos físicos y psíquicos que puedan comportarle.

IV.- EL MERCADO LABORAL Y EL TRABAJADOR SEROPOSITIVO.

La cada vez más evidente sofisticación del mercado laboral y de las exigencias de los empresarios han obligado a los trabajadores, desde la segunda mitad del siglo XX, a perfeccionar su preparación para acceder a un puesto de trabajo. Por desgracia, los criterios de aptitud han superado actualmente los meros puntos de vista intelectuales o manuales, dado que las empresas han obtenido incluso que se agreguen al catálogo de criterios exigibles los relativos al estado de salud del candidato.

Este punto de vista avalado por la práctica habitual de los empleadores, quedó reafirmado en parte por el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre), al dejar en manos del empresario la obligación de vigilar y garantizar de forma periódica por la salud de los trabajadores que tenga contratados.

Por este motivo, a pesar de que la frontera de la tarea del empresario para velar por la salud de su plantilla se vea confrontada con los derechos fundamentales a la integridad física y moral así como al honor y a la intimidad (artículos 15 y 18 de la Constitución de 29 de diciembre de 1978), los seropositivos que se encuentren en proceso de búsqueda de trabajo, queden situados en el más absoluto desamparo.

Esto puede pasar a pesar de que en los derechos fundamentales ya vistos y en las recomendaciones internacionales de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Internacional del Trabajo, de 29 de junio de 1988, se desaconseja directamente la práctica de pruebas de detección del VIH a los trabajadores, ya que no implicarían ningún riesgo para el conjunto de trabajadores de su empresa.

El aludido desamparo no proviene del hecho de que se obligue a la realización de pruebas de salud genéricas, sino por todo lo contrario. Cuando un proceso de contratación incluye como prueba de aptitud la realización de analíticas sanguíneas, el trabajador será informado exactamente del destino de su muestra de sangre y, por tanto, tendrá que conocer que pretende saber el empresario, una vez se haya efectuado el análisis. También, por obligación establecida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el trabajador tendrá que ser informado del resultado de dichas pruebas. Y, además, el candidato a trabajar en la nueva empresa, habrá de prestar su consentimiento expreso para que le efectúen determinadas pruebas concretas, por lo que, la libertad de la persona quedará al menos formalmente respetada.

Ahora bien, no es necesaria una profunda reflexión para suponer que respuesta obtendrá la negativa del candidato a que se le practiquen las pruebas médicas que le exija la empresa contratante. Tampoco podemos dejar de lado el hecho de que estas pruebas "voluntarias" nunca llegan a tener realmente este carácter, aún cuando desde un punto de vista formal pueda afirmarse lo contrario.

Por si todo lo que se ha dicho hasta aquí no fuera suficiente, no podemos pasar por alto un elemento esencial: estamos analizando la situación de una persona que está a la búsqueda de un trabajo, por tanto, no hacemos referencia a un trabajador que ya dispone de un puesto de trabajo. Esto supone que la protección de los derechos de los trabajadores no podrá esgrimirse en el caso de un candidato que aún no cuenta con el mismo.

En conclusión, la realización de cualquier tipo de prueba referida al VIH, no será en ningún caso obligatoria y siempre requerirá al menos

del consentimiento del trabajador así como de su derecho a conocer tanto lo que el empresario quiere saber, como el resultado que se obtenga de las pruebas; el candidato podrá por tanto, aceptar o no, asumiendo las consecuencias de su opción.

Por último, en caso de que pudiese generarse cualquier problema en la realización de las pruebas, el candidato no recibirá la cobertura que sí puede recibir un trabajador contratado, al margen de la enorme dificultad que implicaría el poder probar cualquier tipo de discriminación que se hubiese producido en el proceso de selección.

No puede considerarse, el supósito de que la empresa pudiese efectuar pruebas de detección del VIH en futuros trabajadores, al amparo de lo que dispone el artículo 196 de la Ley General de la Seguridad Social y el Real Decreto de 12 de mayo de 1978, el VIH no puede ser legalmente objeto de prueba médica de detección, ya que el VIH no es en si mismo una enfermedad y menos aún de carácter profesional o que, según lo establecido en las normas ya citadas, impida desarrollar un trabajo o ocupar un determinado lugar de trabajo con carácter general. En consecuencia, solo en el supósito de que por motivos de la tarea concreta que tuviese que desarrollar el trabajador, esta conlleve un riesgo para la transmisión del VIH, podrá efectuarse una prueba previa al inicio de la relación laboral. En el resto de los casos, la realización de esta prueba colisionará con los derechos fundamentales a la dignidad y a la intimidad. Por tanto, cualquier tipo de prueba clínica tendente a lograr este objetivo habrá de ser considerada desde un punto de vista legal, como nula.

Aún y así, hemos de tener presente lo que ya hemos manifestado con anterioridad respecto de la realización de pruebas analíticas a las que se les de un destino distinto, no previsto o no advertido al candidato

a ocupar un puesto de trabajo. También entendemos necesario tener en cuenta que, muy probablemente, el candidato a ocupar un puesto de trabajo, no conocerá nunca el destino final dado a su muestra sanguínea. Y que por tanto, si tal fuese el caso, se hubiese cometido un delito por parte del empresario y/o de sus colaboradores, que afectaría de forma plena los derechos fundamentales del trabajador, previstos por el artículo 314 del Código penal vigente.

V.- EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL CON EL TRABAJADOR SEROPOSITIVO AL VIH.

Un vez iniciada y establecida la relación laboral entre empresario y trabajador, el desarrollo de la misma puede verse sujeto a particularidades especiales si el trabajador se ve afectado por el VIH.

En los puntos analizados con anterioridad hemos podido ver cual es el conjunto de particularidades que pueden derivarse del derecho a la intimidad de un trabajador, así como la imposibilidad de practicarle pruebas clínicas tendentes a averiguar si se encuentra o no afectado por el VIH; asimismo hemos podido examinar el porqué tampoco podrán efectuarse pruebas de detección del VIH a los futuros trabajadores de una empresa, dado que no existe ningún tipo de cobertura normativa que lo permita.

Ahora bien, una vez establecida la relación laboral, nos podremos encontrar con que el trabajador conozca la circunstancia relativa a su salud de que se encuentra afectado y en que medida lo está, es decir sabrá si es seropositivo o bien si ha desarrollado la enfermedad.

En ambos casos, es indudable que el trabajador podrá, si así lo cree conveniente, someterse a tratamiento farmacológico y/o paliativo, que le permitan luchar contra el VIH y mejorar su situación personal.

Actualmente, los tratamientos antiretrovirales, han hecho posible con su demostrada efectividad, que el VIH/SIDA pueda en la mayor parte de los casos, ser controlado, a pesar de mantener como principal característica su capacidad de resultar mortal.

No obstante, según hemos manifestado con anterioridad, una vez establecido el diagnóstico, el VIH/SIDA puede combatirse con un cóctel de fármacos que resultan efectivos, pero que hoy por hoy, producen efectos secundarios que dificultan la vida diaria de la persona afectada.

Igualmente, conviene no olvidar que por tratarse de alguien sujeto a consultas médicas hospitalarias, exámenes y pruebas clínicas, tendrá que pasar parte de su tiempo en salas de espera, en transportes hasta su hospital de referencia, en trámites burocráticos, etc.

Con esto queremos dejar constancia simplemente de que verse afectado por el VIH/SIDA en la actualidad, no comporta necesariamente tener los días contados, pero sí la necesidad de cuidarse, invirtiendo un elemento tan importante para el ser humano como es el tiempo.

Desde el punto de vista que tratamos, en toda relación laboral, el tiempo es también un elemento básico, ya que una de las bases de la contratación puede basarse en la producción por unidad de tiempo.

Tampoco podemos perder de vista, que el tipo de tratamiento al que se ve sometido el trabajador, puede provocar que su tarea se vea enlentecida o se interrumpa debido a los efectos secundarios, ya sean físicos o psíquicos, que se desencadenen. Existiendo incluso la posibilidad de que en última instancia, no le sea posible asumir la tarea que tiene encomendada, por lo que se verá obligado a solicitar de forma eventual, bajas por incapacidad laboral transitoria.

A) El deber de rendimiento:

Despido por ineptitud del trabajador.

Todo ciudadano tiene reconocido legalmente por el artículo 35 de la Constitución el derecho y el deber de trabajar. Este deber de trabajar queda matizado con posterioridad por lo especificado en el artículo 5.a del Estatuto de los Trabajadores, cuando se nos dice que el trabajador tiene la obligación de hacer frente y de responder a las expectativas que el empresario tiene depositadas en el, desde el momento en que lo contrata.

El empresario tiene del trabajador una determinada expectativa, que será obviamente en una sociedad capitalista, la máxima; es decir, una expectativa de rendimiento cuando más alta mejor, basándose en que su aportación laboral resulte más que suficiente para cubrir el coste de su salario y garantice la obtención de beneficios.

Nuestra norma constitucional define al estado como un estado social de derecho. Al margen de esta consideración no existen unidades de medida objetivas que permitan valorar el rendimiento de los trabajadores, ni su nivel de productividad, por lo que en este sentido, el trabajador quedará ligado al criterio subjetivo del empresario y a la capacidad de negociación de sus órganos sindicales.

Por otra parte, este derecho de rendimiento dependerá tanto de la tarea a desarrollar como de la aptitud y actitud del trabajador. La conjunción de estos factores hace que el empleado dependa no solo de acceder a un contrato de trabajo, sino de que sepa desarrollar la tarea encomendada (aptitud) y de que su voluntad lo conduzca a asumir de forma correcta la misma (actitud).

Todo esto habrá de confrontarse también con otra previsión establecida por el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 52.a, que nos advierte de que podrá ser considerado motivo de despido, la ineptitud del trabajador ya conocida o bien sobrevenida con posterioridad a la contratación efectiva. Este despido supondrá que el empresario tendrá que enviar un preaviso a su empleado con treinta días de antelación remunerados, indemnizándolo también en la cuantía de veinte días de salario por año trabajado, con un límite de diez anualidades.

B) El deber de asistencia:
Su incumplimiento.

Tal como en el caso del deber de rendimiento, el trabajador se ve sujeto también al cumplimiento de una jornada laboral concreta, con los límites establecidos en el Estatuto de los Trabajadores. Las jornadas laborales habrán de ser respetadas por los trabajadores, mediante la obligación de asistencia al lugar de trabajo. La ocupación efectiva durante dichas horas será desde entonces una cuestión que afecte exclusivamente al empresario quién, como contrapartida a la asistencia del trabajador, habrá de facilitarle una tarea efectiva.

Según hemos avanzado con anterioridad, el trabajador seropositivo al VIH se verá con frecuencia obligado a desplazarse a centros médicos, donde recibirá diagnóstico, tratamiento y seguimiento de su situación y evolución de salud. Estas visitas y controles se programarán por parte de los centros hospitalarios en base a sus propias necesidades, sin tener en cuenta si coinciden o no con la jornada laboral del sujeto. Precisamente por este tema, puede ser por donde el empresario podría llegar a utilizar el absentismo del trabajador para

argumentar un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de su empleado.

Insistimos en recordar igualmente que el trabajador puede tener reconocido el derecho a ausentarse de su lugar de trabajo, con la oportuna justificación documental y sin reducción salarial, siempre que el convenio colectivo así lo contemple. Es recomendable, por tanto, acceder al Convenio colectivo que corresponde al sector productivo en que se prestan los servicios, para conocer las posibilidades de absentismo sanitario establecido para estos casos.

No obstante, el seguimiento de tratamientos, pruebas y regulares ausencias laborales por temas de salud, pueden llegar a romper justamente el elemento clave que todo trabajador seropositivo ha de preservar: su intimidad y la confidencialidad de los datos, ya que los constantes partes de baja, o bien de justificantes de asistencia a determinados centros clínicos, puede hacer albergar sospechas, más o menos fundamentadas al empresario y/o sus superiores inmediatos

Y, en todo caso, es necesario tener presente que el empleador podrá hacer uso de las faltas de asistencia como causa de despido, a pesar de que resulten justificadas, cuando estas lleguen al veinte por ciento de las jornadas hábiles, durante dos meses consecutivos, o bien del veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos, en un período de doce meses, siempre que el absentismo del resto de la plantilla superase el cinco por ciento.

A estos efectos, no se consideran faltas de asistencia las derivadas del ejercicio del derecho de huelga, de representación de los trabajadores, accidentes laborales, maternidad, licencias, vacaciones, ni

bajas por accidentes o enfermedades no laborales, si estas son acordadas por servicios de salud oficiales.

En el supuesto relativo a la falta de asistencia al lugar de trabajo por parte del empleado, la consecuencia puede revestir un doble carácter; primero el relativo a que si no se especifica nada en contra en el convenio colectivo, el tiempo destinado a asistencia sanitaria, será descontado del salario, en proporción del número de horas utilizadas.

Y en segundo lugar, también es necesario recordar que aquí resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, si el empresario entiende que está ante una de las llamadas *causas objetivas* de despido por falta de asistencia al centro de trabajo. Al igual que en el supuesto ya visto de ineptitud por parte del trabajador, el empresario se verá obligado a efectuar un preaviso de treinta días remunerados, además de otorgar una indemnización de veinte días de salario por año trabajado, con un máximo de diez anualidades.

C) La no discriminación del trabajador afectado por el VIH.

Como ya hemos comentado en los dos subapartados anteriores, el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de despedir a un trabajador que haya incurrido tanto en el supuesto de ineptitud previa o sobrevenida, o bien que lo haya sido por reiteradas faltas de asistencia.

En el caso de la ineptitud, el argumento en favor del despido del empleado seropositivo se puede encontrar en la duda del empresario acerca de si podrá afrontar el rendimiento que de él se espera, si podrá mantener dicho ritmo de producción o no, debido a las afecciones que

pueda llegar a padecer, a las consecuencias que los efectos secundarios de la medicación le provoquen o bien por una evolución de la enfermedad ya sea a nivel físico como psíquico

Similares dudas le planteará al empleador la cuestión del absentismo; si un elemento caracteriza a la medicación que toma un seropositivo, es la exactitud y la disciplina en el seguimiento. Por tanto, la ingestión de medicamentos en determinados momentos del día (que influyen provocando efectos secundarios) o bien la obligada asistencia a consultas médicas pueden servir de fundamento a un empleador para argumentar la existencia de causas objetivas de despido.

Lógicamente, no todos los empresarios llegarán al extremo de despedir por sistema a sus empleados seropositivos, ya sea por bajo rendimientos o por absentismo laboral, pero lo que será cierto es que con mayor frecuencia de lo que sería deseable, nos encontramos con despidos de trabajadores afectados por el VIH, disfrazados por este tipo de causas.

En estos casos, sí que es probable que, desde un punto de vista meramente objetivo, un Magistrado del Orden Social estaría obligado dar validez al despido. Ahora bien, resulta más que evidente que estamos ante una situación anormal, dado que el trabajador seropositivo no puede ser considerado en plan de mera igualdad, con el resto de trabajadores que no están afectados.

Se deberá contemplar, entonces, lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución vigente, según el cual todos los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer ninguna discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores contempla en su artículo 4.2.e el derecho a que ningún trabajador sea discriminado por causa de una disminución física, psíquica o sensorial, siempre que se encuentre en condiciones aptas para asumir el desarrollo de la tarea.

En definitiva, nos encontramos ante un derecho fundamental establecido por la Constitución y posteriormente desarrollado por una Ley que regula diversos aspectos laborales. El efecto principal que impide la vulneración de un derecho fundamental no es otro que la nulidad del acto que lo provoca. En este sentido, entendemos necesario especificar que hablar de nulidad, significa hablar de la inexistencia del acto que vulnera el derecho fundamental y por tanto de la aplicación de la consecuencia de mayor gravedad que el ordenamiento jurídico prevé.

Esto no puede entenderse de ninguna manera como una discriminación hacia los trabajadores no seropositivos al VIH, sino justamente al revés. Nos explicamos; la elaboración que el Tribunal Constitucional ha venido dando al derecho a la no discriminación, lo ha llevado a configurar desde hace años la doctrina de la llamada *discriminación positiva*. Esta perspectiva de la jurisprudencia parte de la constatación de que existen situaciones desiguales muy numerosas (también consideradas normales) que hacen necesario un tratamiento desigual ante este tipo de situaciones o realidades desiguales.

En todo caso, ha de quedar patente que el hecho de verse afectado por el VIH, en si mismo, ni es ni puede ser causa de despido, en coherencia con la recomendación conjunta efectuada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 29 de junio de 1988, con anterioridad ya citada, así como las análogas conclusiones del Consejo

de Ministros de Sanidad de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 1988, en el sentido de señalar que la infección por VIH no es en sí misma un factor que incida ni que tampoco pueda incidir en la aptitud profesional del trabajador.

D) La defensa de los derechos de los trabajadores.

Hemos planteado en los puntos anteriores diversas situaciones en las que el empresario puede decidir el despido de un trabajador afectado por el VIH, fundamentando su decisión en determinadas *causas objetivas*.

El procedimiento por el cual un empresario podrá despedir a un trabajador se iniciará indefectiblemente por la confección de una "carta de despido", en la que deberá hacer constar expresamente en que causa fundamenta su decisión. Realmente, es impensable que el empleador alegue como causa para el despido, el hecho de que se encuentra infectado por el VIH. Por este motivo, será más frecuente la invocación de causas "*reales*", ajenas a esta circunstancia, que así lo permitan.

La defensa de los derechos de los trabajadores seropositivos al VIH en estos casos, habrá de llevarse a cabo con rapidez ya que la Ley establece períodos breves, a pesar de que parezca lo contrario, que se agotan fácilmente. En primer lugar, desde la recepción de la carta de despido, se dispondrá de veinte días para interponer una demanda de impugnación de dicho despido ante el Juzgado de lo Social.

El despido podrá ser calificado como nulo, cuando se pueda probar que se basa en que el trabajador está afectado por el VIH. La nulidad obedecerá en este caso a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad y al de no ser discriminado. Igualmente, la vulneración de

otros derechos fundamentales que hemos abordado antes (intimidad, por ejemplo), habrían de ser la base de una eventual reclamación por este tipo de despido improcedente.

Según ha quedado claro, la nulidad del despido supone la inexistencia del despido impugnado y, supondrá que el empresario estará obligado a readmitir a su empleado, sin poder optar a conceder una indemnización que pudiese evitar el retorno a su lugar de trabajo.

Ante la declaración de nulidad de un despido, el empresario volverá a intentar un nuevo despido esta vez con una causa ficticia, si ya no lo ha sido desde un principio. En tal caso, la demanda judicial que impugne el despido tendrá que aportar al menos indicios de la discriminación y de que la causa que invoca el empresario en la carta de despido, no tiene fundamento. En la celebración del correspondiente juicio verbal, se habrá de probar todo lo alegado y es por este motivo que entendemos recomendable acudir a la ayuda de profesionales desde el inicio del procedimiento que puedan asumir una adecuada defensa de los derechos del trabajador ante los Tribunales de Justicia

E) La modificación de las condiciones de trabajo.

La vida del contrato de trabajo puede sufrir modificaciones en las condiciones que fundamentaron la conclusión inicial por parte de los contratantes. Una de estas situaciones puede derivarse de que el trabajador resulte diagnosticado como seropositivo al VIH, con posterioridad al inicio de la relación laboral. Si bien el hecho de que el empleado se reconozca como afectado, no comporta en si mismo ninguna alteración, el seguimiento de los tratamientos clínicos, de la medicación y/o de sus efectos secundarios, si que pueden aportar consecuencias que menoscaben su capacidad laboral.

Esto podría llevarnos a la finalización de la relación laboral, ya sea por la baja voluntaria solicitada por el empleado, o bien por el despido solicitado por el empleador.

No obstante, también habrá de ser posible que la relación laboral, en lugar de concluir, pueda ser modificada, y esto podrá ser así cuando exista la voluntad de hacerlo por ambas partes. Hablemos, por tanto, de las posibles modificaciones de las condiciones laborales, aunque manteniendo la vigencia del contrato laboral suscrito en su día.

Esta modificación nos obligará a tomar como conclusión que el empresario no podrá nunca, de forma unilateral, modificar las condiciones laborales de uno de sus empleados afectado por el VIH, incluso aunque considerase que la modificación contractual que comportaría el cambio, pudiese resultarle más beneficiosa.

En el supuesto de que un empresario llevase a cabo modificaciones relativas a la prestación laboral, respecto del desarrollo de tareas no correspondientes al grupo o a la categoría laboral del trabajador seropositivo, nos encontraríamos ante modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo, motivo por el cual, este podría incluso impugnar la decisión empresarial de modificación, al amparo de los artículos 39 y 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Por su lado, el artículo 25.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, refuerza este mismo criterio, ya que "*...los trabajadores no serán empleados en aquellas tareas en que, a causa de sus características personales, estado biológico, o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan, ellos, otros trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa,*

ponerse en situación de peligro". La conclusión que habríamos de entender, por tanto, será que el empresario estará obligado a facilitar un lugar de trabajo adecuado a la situación personal del trabajador, pero siempre con la aceptación de este.

Surge así una duda inmediata: que hacer cuando el empleador efectúa estas modificaciones, con o sin buena intención. La respuesta a la pregunta tiene diversas respuestas: la primera, pasaría por la interposición de una demanda ante los Juzgados de lo Social, por el mecanismo especial de defensa de los derechos fundamentales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, por vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación. La finalidad habrá de ser la de obtener la declaración de nulidad radical por la conducta discriminatoria del empresario, reponiendo al trabajador a las condiciones anteriores a la notificación, pudiendo pedir incluso una indemnización por daños morales. Esta demanda habrá de interponerse también en el plazo de veinte días, desde la notificación del cambio de condiciones.

En segundo lugar, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores fija como impugnables las alteraciones de las circunstancias o condiciones del lugar de trabajo, siempre que eso comporte la movilidad funcional del trabajador que exceda de su grupo profesional o categorías equivalentes, modificaciones en el horario laboral, jornada, régimen de turnos de trabajo, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento o movilidad geográfica que implique cambio de residencia del trabajador. El procedimiento en este caso consistirá en interponer una demanda de conciliación previa ante el CMAC, a fin de que, en caso de que no haya acuerdo en el servicio de conciliación, sea el Juzgado de lo Social quien declare que la decisión empresarial fue justificada, injustificada o nula.

La tercera posibilidad podrá basarse en que el trabajador presente una denuncia ante la Inspección de Trabajo, al amparo del artículo 96 del Estatuto de los Trabajadores, por la comisión de actos contrarios a su intimidad. En caso de que la Inspección de Trabajo considere que el empresario ha infringido el citado Estatuto, se aplicarán las sanciones previstas por la Ley 8/1988, de siete de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, que pueden llegar a suponerle el tener que afrontar sanciones económicas de gran importancia.

documento editado por:

gais positius

associació de y para gays seropositivos

Finlàndia 45, 2on pis, 08014 Barcelona

Plaça de Sants

Sants-Estació

932 980 642

gaispositius@gaispositius.org

www.gaispositius.org