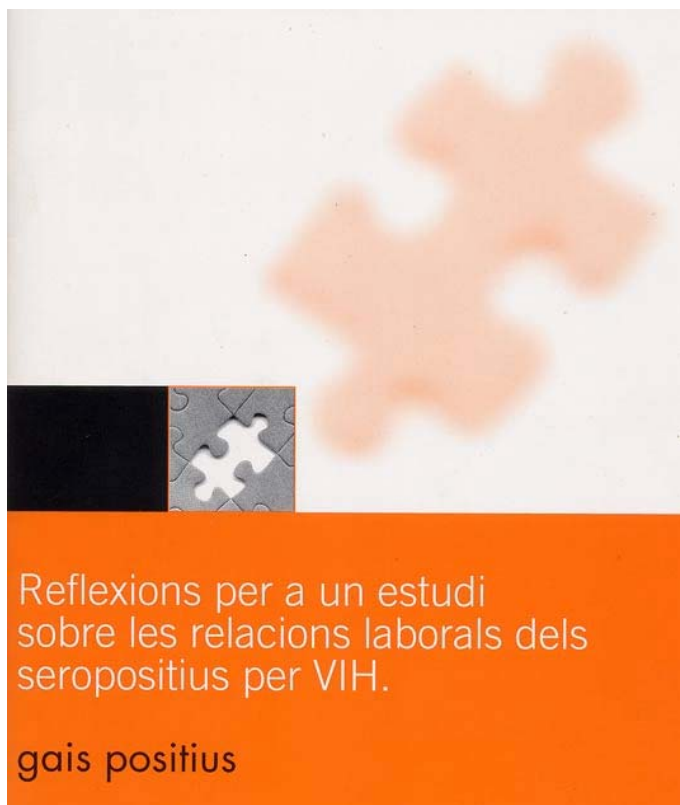


Reflexions per a un estudi sobre les relacions laborals dels seropositius per VIH



gais positius

www.gaispositius.org

I N D E X

I – INTRODUCCIÓ

II - EL DRET FONAMENTAL A LA INTIMITAT: EL DRET A LA CONFIDENCIALITAT DE LES PRÒPIES DADES

III - EL TREBALLADOR SEROPOSITIU PER VIH: UN MALALT?

IV - EL MERCAT LABORAL I EL TREBALLADOR SEROPOSITIU PER VIH

V - EL DESENVOLUPAMENT DE LA RELACIÓ LABORAL AMB EL TREBALLADOR SEROPOSITIU PER VIH.

- A) El deure de rendiment: acomiadament per ineptitud del treballador.
- B) El deure d'assistència: el seu incompliment.
- C) La no discriminació del treballador afectat per VIH.
- D) La defensa dels drets dels treballadors.
- E) La modificació de les condicions de treball.

I - INTRODUCCIÓ

Des de la seva aparició, ara fa més de vint anys, la SIDA com a malaltia ha demostrat que pot provocar no únicament la mort, sinó també un canvi substancial en la vida de qui la pateix. Sol tenir conseqüències que van més enllà de les directament relacionades amb la salut. Tant és així, que la problemàtica que se'n derivi per cada persona en cada moment de la seva vida és imprevisible.

El gran desconeixement social relatiu a la transmissió del virus de la SIDA, ha fet que els seropositius per VIH, és a dir, els portadors d'anticossos del virus que l'origina, deprimint el seu sistema immunitari, la qual cosa fa que puguin desenvolupar malalties oportunistes, siguin objecte sovint d'un rebuig social injust i vergonyós que els impedeix viure amb normalitat.

Al buit que creen al seu voltant certs sectors socials, cal afegir, moltes vegades, l'autoaïllament a què se sotmet el mateix afectat a causa de les seves pròpies actituds i creences equivocades.

Per aquest motiu, la nostra anàlisi començarà plantejant què hem d'entendre per confidencialitat; és a dir, la conseqüència immediata del dret fonamental a la intimitat personal, reconegut per la Constitució espanyola, de 29 de desembre de 1978.

D'entrada, centrarem el nostre estudi en l'anàlisi d'un aspecte cabadal de la vida diària que sovint passa desapercbut pels qui no coneixen de prou a prop la problemàtica relacionada amb la SIDA: la feina. Concretament, analitzarem fins a quin punt un treballador seropositiu per VIH pot ser considerat un malalt.

A continuació, veurem quin paper ha de jugar el dret a la intimitat i a la confidencialitat de les pròpies dades, davant de l'empresari, de l'empresa i

en el nostre lloc de treball, tant un cop obtingut, com, fins i tot, abans d'arribar a ser contractat per una determinada empresa.

Per últim, considerarem les possibles eines de defensa dels drets del treballador seropositiu per VIH, quan l'actitud de l'empresari suposi algun tipus de discriminació vers la seva persona i els seus drets laborals.

II - EL DRET FONAMENTAL A LA INTIMITAT: EL DRET A LA CONFIDENCIALITAT DE LES PRÒPIES DADES.

La Constitució espanyola de 29 de desembre de 1978 reconeix al seu article 18 el dret fonamental a LA INTIMITAT, a l'honor i a la pròpia imatge de tots i cadascun dels ciutadans. Així mateix, reconeix al seu article 14 el dret a la igualtat i a no ser discriminat per cap raó o circumstància personal o social.

Ens cal començar per l'anàlisi del contingut del dret a LA INTIMITAT, la imatge i l'honor de la persona, en la seva vessant del dret subjectiu a la confidencialitat de les pròpies dades.

No es tracta, però, de justificar ni tampoc d'amagar cap realitat, sinó que es tracta, en aquest punt, de donar certes eines per protegir aquelles situacions en què regni la desinformació o bé la ignorància tota o parcial sobre la SIDA.

Aquesta ignorància o desinformació han portat sovint a fer creure a moltes persones que qui és portador d'anticossos de la SIDA és un perill, o bé un element pernicios per al seu entorn. La manca de coneixements respecte a la SIDA i la seva realitat, voluntària o involuntària, ha fonamentat sovint situacions d'abusos envers el treballador seropositiu, tant pel que fa a la conducta dels seus companys, com a la de l'empresari.

Ambdues situacions poden comportar –i comporten, de fet– conseqüències al treballador seropositiu, que es pot trobar inesperadament immers en un ambient irrespirable al seu lloc de treball, provocat pels companys de feina o per l'empresari, arribant-se així a situacions d'allò que es coneix com a *mobbing* laboral, acomiadaments sense cap causa objectiva

o, simplement, sol·licituds de baixes voluntàries, motivades per depressió, del propi treballador.

Per tot això, ambdós drets han de ser contemplats des de l'òptica més àmplia possible. La situació, a més a més, està avalada per diverses normes jurídiques que han desenvolupat el dret a LA INTIMITAT de la persona en l'àmbit laboral i que ens obliguen a analitzar en primer lloc allò que preveu l'article 4.2.e de l'Estatut dels Treballadors, norma bàsica del Dret laboral espanyol. Així, l'Estatut preveu en la base de la relació laboral "*...el respecte de la seva intimitat i la consideració deguda a la seva dignitat*".

D'altra banda, en un marc col·lateral, hem de tenir en consideració altres normes que complementen el conjunt legal protector del dret a la intimitat:

a) Llei Orgànica 1/82, de Protecció Civil de l'Honor, intimitat i pròpia imatge, que circumscriu l'àmbit del dret a la intimitat i "*...delimitada per les lleis i pels usos socials, atenent a l'àmbit que, pels seus propis actes mantingui cada persona, reservat per a ell mateix o per a la seva família*".

b) Una altra norma que pretén garantir el respecte a LA INTIMITAT de les persones és la Llei General de Sanitat (Llei 14/1986, de 25 d'abril), que proclama amb caràcter general i fa especialment extensiu a les diferents Administracions sanitàries, l'obligat respecte a la confidencialitat de tota informació relacionada amb el procés terapèutic, així com de les eventuais estades en centres públics –o bé en els seus centres col·laboradors. Així mateix, els seus articles 9, 10 i 11 proclamen el conjunt de drets dels malalts, incloent-hi el dret a la confidencialitat i a LA INTIMITAT de les seves dades.

c) La configuració jurídica del dret a la confidencialitat del procés sanitari queda reforçada pel Codi penal vigent (Llei Orgànica 10/1995, de

23 de novembre), que estableix sancions de fins a quatre anys de presó, de fins a vint-i-quatre mesos de multa i de fins a sis anys d'inhabilitació per aquell professional sanitari que revelés dades dels seus pacients, emparades per la vista Llei General de Sanitat.

d) Per últim, cal esmentar la Llei de Prevenció de Riscos Laborals (Llei 31/1995, de 8 de novembre), que preveu que qualsevol mesura que amb intenció de vigilància i control de la salut dels treballadors es durà a terme respectant LA INTIMITAT i la dignitat del treballador.

De tot això que hem vist fins ara, se'n després necessàriament que el dret a la confidencialitat (i a la intimitat) mereix una protecció especial atès el seu caràcter. No ens trobem davant d'un dret qualsevol, sinó davant d'un dret subjectiu que el Parlament, a mesura que ha anat creant les diferents normes reguladores del món laboral, ha entès que requereixen una atenció especial per part dels Poders públics.

Això no obstant, el legislador ha deixat les portes obertes a situacions que passen desapercbudes i que poden portar a buidar de contingut el dret reconegut al treballador. En aquest sentit, la ja esmentada Llei de Protecció de Riscos Laborals estableix al seu article 22 l'obligació de l'empresari de garantir als treballadors la vigilància periòdica del seu estat de salut, *en funció dels riscos inherents al lloc de treball*.

La vigilància per part de l'empresari haurà de respectar sempre els drets a la intimitat i dignitat del treballador. Els seus resultats hauran de ser comunicats al treballador. El problema, tanmateix, prové de la previsió fixada pel que fa a qui podrà fer ús de les dades obtingudes i qui hi tindrà accés. Segons la Llei, podrà accedir i utilitzar aquestes dades el personal sanitari que hagués intervingut en la seva obtenció; és a dir, personal adscrit a la Seguretat Social –o entitats col·laboradores, com ara la mútua patronal.

I, si bé no es permet d'entrada que l'empresari obtingui les dades relatives a la salut del treballador, la Llei estableix que *"...l'empresari i les persones o organismes amb responsabilitats en matèria de prevenció seran informats de les conclusions que es derivin de les conclusions dels reconeixements efectuats en relació amb l'aptitud del treballador"*.

Aquesta previsió comporta clarament una "porta falsa" per la qual es pot arribar a buidar fàcilment el contingut del dret a LA INTIMITAT. Això és així per diversos motius. Primer, perquè quan és la mútua patronal la que resta en poder de les dades, aquesta no dubtarà a facilitar a l'empresari les proves i avaluacions efectuades. Així, l'empresari –i el mateix treballador– tindran coneixement de quines són les circumstàncies de salut del treballador. I en segon lloc, ja que dins de les empreses l'òrgan responsable en matèria de prevenció de riscos laborals és l'anomenada Comissió de Salut i Seguretat en el Treball, formada per l'empresari i/o els seus representants i els representants dels treballadors. D'aquesta manera, constatem que les dades personals del treballador acaben en poder d'una colla de persones diferents d'ell mateix: el personal sanitari, l'empresari i els representants dels treballadors. És a dir, la confidencialitat resta en mans de persones que no tenen obligació legal de mantenir la confidencialitat de les dades personals.

I, precisament, per aquesta situació de perill generada respecte del dret a la intimitat de les persones, així com de la confidencialitat de les seves dades, és que hem de contemplar la Llei de Prevenció de Riscos Laborals en el seu conjunt, tal com hem fet aquí.

Com dèiem al començament, el fet que el treballador seropositiu requereixi l'escrupolós respecte del seu dret a LA INTIMITAT es fonamenta en la desinformació i ignorància d'aquelles persones que l'envolten: no

tothom sap quin és el mitjà de transmissió de la SIDA, ni quin és l'estatus d'un seropositiu o bé què significa el fet d'haver desenvolupat la Síndrome d'Inmunodeficiència Adquirida.

La mateixa Llei de Prevenció de Riscos Laborals preveu al seu article 19 que ha de ser l'empresari qui garanteixi que el treballador rebi "*...una formació teòrica i pràctica, suficient i adequada...*", havent de "*...adaptar-se a l'evolució dels riscos i a l'aparició d'altres nous i repetir-se periòdicament, si fos necessari*".

Això, per tant, deixa en mans de l'empresari la responsabilitat, no únicament pel que fa a l'ús de les dades confidencials del treballador, sinó en la recepció d'informació per a tots i cadascun dels treballadors, per tal que així puguin saber què és i com és la SIDA i quin riscs comporta i quins no per a la resta de companys de l'empresa la convivència amb un seropositiu.

Sens dubte, la veritat i la informació poden ser un contrapès molt clar davant la necessitat de confidencialitat que fins ara hem anat veient. I cal, per tant, insistir de nou que no es tractaria tant d'amagar la realitat sobre la salut del treballador afectat pel VIH, sinó que realment es conegui l'abast d'allò que suposa conviure amb un seropositiu.

I cal també tenir en consideració que, mentre la desitjable formació dels treballadors no s'hagi materialitzat d'una forma palpable, l'únic escut protector que tindrà el treballador seropositiu per evitar de veure's discriminat en el seu entorn laboral es trobarà en el respecte escrupolós del seu dret a LA INTIMITAT i a la confidencialitat de les seves dades sanitàries.

Això és evident, si tenim present què pensa o quina informació té la població general sobre el VIH/SIDA. Entenem que hi ha ben poc gent que sàpiga que la SIDA és una infecció vírica que provoca una destrucció progressiva del sistema immunitari, la qual cosa predisposa l'organisme a contreure tota mena d'infeccions, origen de les anomenades malalties oportunistes, que només apareixen quan el sistema immunitari està deprimat. La via de transmissió del VIH no és senzilla, ja que cal que es produeixi un transvasament de fluids (sang, semen, flux vaginal, llet materna) que han d'irrompre, a temperatura corporal, de manera directa en el reg sanguini. Les malalties oportunistes acostumen a aparèixer en moments de declivi del sistema immunitari; ara bé, ben poca gent sap que per no arribar a la destrucció irreversible del seu sistema immunitari el pacient pot ser tractat amb medicació antiretroviral que l'ajudarà a millorar la seva qualitat de vida.

En resum, podem dir que bona part de la població desconeix en bona mesura quins són els mecanismes transmissors del VIH, motiu pel qual molts creuen erròniament que la SIDA es pot transmetre com qualsevol altra infecció vírica; i pràcticament tothom ignora quin és i en què consisteix el tractament mèdic que permet frenar el deteriorament immunitari, les seves conseqüències físiques i psíquiques i quin ha de ser el comportament adient d'aquells que envolten l'afectat.

Volem insistir una vegada més que el VIH/SIDA és cosa de tots, que tots hi estem exposats, però que, un cop detectada, es pot mantenir controlada. És cosa de tots saber actuar i donar resposta a la presència d'un company de feina, o bé d'un subordinat seropositiu, com igualment és bàsica la corresponsabilitat dels empresaris en la conscienciació social dels treballadors, respecte al VIH/SIDA i a tot el conjunt de circumstàncies que genera.

III.- EL TREBALLADOR SEROPOSITIU PER VIH: UN MALALT?

Tal com hem descrit més amunt, des del moment que una persona és infectada pel VIH, poden passar dues coses. Pot ser que es detecti mitjançant un anàlisi de sang, en què les defenses de la persona infectada hauran generat anticossos, que delaten la presència del virus en l'organisme, tot i no apreciar-se encara un deteriorament evident del sistema immunològic. La segona situació pot consistir en què es detecti la presència del virus, un cop ja hagi danyat el sistema immunològic, de manera que la persona pugui veure's afectada per les anomenades malalties oportunistes que, tot i poder ser tractades farmacològicament, poden provocar greus conseqüències al malalt debilita en el seu sistema de defenses, podent tenir conseqüències greus.

És evident que només la segona de les circumstàncies esmentades pot correspondre a la situació d'una persona malalta. És a dir, una persona que pateix algun tipus d'alteració greu en la seva salut que li impedeixi desenvolupar la seva vida amb normalitat.

No obstant això, el problema radica en determinar si un seropositiu, és a dir, una persona que viu la primera de les circumstàncies descrites pot ser considerat o no com un malalt.

Aquest punt és més important del que sembla, ja que se'n deriven conseqüències immediates per a la persona, previstes per la legislació. En aquest sentit, i a efectes merament expositius, però no limitatius, haurem de citar les normes següents:

A) Article 43 de la Constitució de 29 de desembre de 1978, que reconeix el dret a la protecció de la salut i l'obligació dels Poders públics de tutelar la salut pública.

B) Article 41 de la Constitució de 29 de desembre de 1978, relatiu a que els Poders públics mantindran un sistema públic de Seguretat Social.

C) Article 49 de la Constitució de 29 de desembre de 1978, respecte del deure dels Poders Públics de dur a terme una política de previsió, tractament, rehabilitació i integració dels discapacitats.

D) Article 50 de la Constitució de 29 de desembre de 1978, que obliga als Poders Públics a garantir la suficiència econòmica de la tercera edat.

E) Llei General de la Seguretat Social, R.D.Legislatiu 1/1994, de 20 de juny.

F) Llei General de Sanitat, Llei 14/1986, de 25 d'abril.

G) Reial Decret sobre Ordenació de Prestacions Sanitàries del Sistema Nacional de Salut, R.D. 56/1988, de 25 d'abril.

Podem constatar, per tant, que l'Estat està obligat per la Llei i subsegüents normes de desenvolupament, havent de complir aquest deure prestacional al ciutadà. Aquest deure quedarà assegurat, d'una banda, amb la implementació de prestacions en tota regla (dotació de centres sanitaris, assistència, etc.) i, d'altra banda, amb el reconeixement de drets diversos en l'àmbit laboral, com ara els drets a gaudir de permisos, baixes o excedències.

Dit això, la conclusió és evident: si tenim en compte que el treballador seropositiu no és un malalt, tot i poder ser usuari de les prestacions del servei sanitari, tindrem unes conseqüències que seran diferents i que no estan reconegudes en cap legislació.

D'entrada, haurem de tenir present que la persona seropositiva pot requerir un tractament mèdic determinat que pot obligar-la a sotmetre's a visites mèdiques reiterades, tractaments i proves diverses que, malauradament, coincidiran per norma general amb el seu horari laboral. Així mateix, els tractaments farmacològics prescrits podran produir efectes secundaris indesitjables, tant a nivell físic com psíquic. Es generarà així una situació d'absentisme al lloc de treball que l'empresari pot arribar a considerar injustificada o exagerada.

Això fa que l'actitud de l'empresari sigui cabdal en aquests casos, sempre que la pretensió sigui rendibilitzar al màxim el lloc de treball, o ben al contrari, entengui la nova situació que ha de suportar el treballador. Atesa la importància d'aquest aspecte, l'aprofundirem més detingudament al punt V del presents Apunts.

En conclusió, és bàsic entendre que el treballador seropositiu no és un malalt, malgrat que a la vida diària i, sobretot, des del punt de vista de les prestacions sanitàries, la seva situació pot ser assimilada a la d'un malalt de caràcter crònic. Deixem constància que aquest punt de vista no està oficialment recolzat pels criteris mèdics ni pels jutges dels Tribunals que han d'aplicar les normatives socials i laborals.

Es tracta de persones que requeriran una adaptació de la realitat laboral a les seves possibilitats efectives de força de treball, que no disposen d'una regulació específica que els empari.

Són, en aquest cas, les Organitzacions Sindicals les que poden tenir una influència important en el procés, sobretot des de la perspectiva dels convenis col·lectius, per establir acords generals amb els empresaris. En aquests convenis col·lectius es poden incloure clàusules de no discriminació als treballadors que pateixin malalties cròniques i/o assimilables, pactant la configuració d'entorns laborals favorables per al seu tractament o rehabilitació, tot respectant escrupolosament el dret a la seva intimitat i a la no difusió de la seva situació davant la resta de companys.

A més, caldrà comprometre no únicament els empresaris, sinó també les Administracions Públiques, en el compliment de les seves obligacions, ja que en el mitjà laboral cal informar i conscienciar oportunament d'allò que suposarà per al treballador seropositiu el fet de sotmetre's a tractaments, visites mèdiques i/o proves periòdiques, així com dels efectes físics i psíquics que li puguin comportar.

IV - EL MERCAT LABORAL I EL TREBALLADOR SEROPOSITIU PER VIH.

La sofisticació progressiva del mercat laboral i de les exigències dels empresaris han obligat els treballadors, des de la segona meitat del segle XX, a perfeccionar la seva preparació per accedir a un lloc de treball. Avui dia, malauradament, els criteris d'aptitud abracen aspectes que van més enllà dels estrictament intel·lectuals o manuals. Ben al contrari, les empreses han aconseguit que s'afegeixi al catàleg de criteris exigibles els relatius a l'estat de salut del candidat.

Aquest punt de vista, avalat per la pràctica habitual de les empreses, va ser sancionat en part per l'article 22 de la Llei Previsió de Riscos Laborals (Llei 31/1995, de 8 de novembre), quan va deixar a les mans de l'empresari l'obligació de vetllar periòdicament per la salut dels treballadors.

Per aquest motiu, tot i que la frontera de la tasca de l'empresari de vetllar per la salut de la seva plantilla es trobi en els drets fonamentals a la integritat física i moral i a l'honor i a la intimitat (articles 15 i 18 de la Constitució de 29 de desembre de 1978), els seropositius que estiguin en procés de recerca de feina es trobin en el desemparament més absolut.-

Això pot ser així malgrat que en els drets fonamentals ja repassats i en les recomanacions internacionals de l'Organització Mundial de la Salut i de l'Organització Internacional del Treball, de 29 de juny de 1988, es desaconsella directament la pràctica de proves de detecció del VIH als treballadors, ja que no implicarien cap risc per al conjunt de treballadors de l'empresa.

L'al·ludit desemparament no prové del fet que s'obligui la realització de proves de salut genèriques, sinó tot el contrari. Quan un procés de

contractació inclou com prova d'aptitud la realització d'analítiques sanguínies, el treballador haurà de ser informat exactament de la destinació de la seva mostra de sang i, per tant, haurà de conèixer què es pretén saber per part de l'empresari, un cop efectuada l'anàlisi. Així mateix, per obligació fixada a la Llei de Prevenció de Riscos Laborals, el treballador haurà de ser informat del resultat d'aquestes proves. I, a més, el candidat a treballar en la nova empresa, haurà de prestar el seu consentiment exprés per a efectuar-se les proves concretes, per la qual cosa, la llibertat de la persona restarà formalment respectada.

Ara bé, no cal reflexionar gaire per a suposar quina resposta obtindrà la negativa del candidat a la pràctica de les proves mèdiques que l'exigeixi la empresa contractant. Tampoc podem deixar de banda el fet que aquestes proves "voluntàries" mai arriben a tenir realment aquest caràcter, encara que pugui afirmar-se el contrari.

A més, si tot el que s'ha dit fins aquí no és suficient, no podem passar per alt un element essencial: estem analitzant la situació d'un candidat a treballar i, per tant, no fem referència a un treballador que ja disposa de feina. Això suposa que la protecció dels drets dels treballadors no podrà predicar-se del cas del candidat.

En conclusió: la realització de qualsevol mena de prova no serà mai obligatòria i en tot cas requerirà del consentiment del treballador i del dret d'aquest a conèixer tant el que l'empresari vol saber, com el resultat que s'obtingui de les proves; el candidat serà lliure d'acceptar o no, assumint per això les conseqüències de la seva opció. I, per últim, en cas que pogués generar-se qualsevol problema en la realització de les proves, el candidat no rebrà la cobertura que sí rebria un treballador contractat, a banda de l'enorme dificultat de provar qualsevol discriminació que s'hagués produït en el procés de selecció.

Malgrat tot, en el supòsit que l'empresa efectués proves de detecció del VIH en futurs treballadors, a l'empara d'allò que disposa l'article 196 de la Llei General de la Seguretat Social i el Reial Decret de 12 de maig de 1978, el VIH no pot ser legalment objecte de prova mèdica de detecció, ja que el VIH no és una malaltia de caràcter professional o que, segons les normes esmentades, impedeixi treballar o desenvolupar un determinat lloc de treball amb caràcter general. En conseqüència, només en el supòsit que, per motius de la feina concreta que s'hagués de desenvolupar, el treballador comporti un risc de transmissió del VIH, podrà dur-se a terme la prova prèvia a l'inici de la relació laboral. En la resta de casos, aquesta prova xocarà amb els drets fonamentals a la dignitat i a la intimitat. Per tant, qualsevol prova mèdica efectuada haurà de ser considerada il·legal i, per tant, nul·la.

Tot i això, hem de tenir present el que ja hem manifestat anteriorment, respecte de la realització de proves analítiques a les quals es doni una destinació no prevista o no advertida al futur treballador. Igualment caldria tenir present que, amb molta probabilitat, aquest candidat a treballador no s'assabentarà mai de la destinació donada a la seva mostra sanguínia i, per tant, a que en aquest cas, s'hagués comès un delicte per part de l'empresari i els seus col·laboradors, relatiu als drets fonamentals del treballador, previst per l'article 314 del Codi penal vigent.

V - EL DESENVOLUPAMENT DE LA RELACIÓ LABORAL AMB EL TREBALLADOR SEROPOSITIU PER VIH.

Un cop ha estat iniciada la relació laboral entre empresari i treballador, el desenvolupament d'aquesta pot tenir particularitats especials si el treballador passa a trobar-se afectat pel VIH.

En els punts anteriors hem pogut veure quin és el conjunt de particularitats que poden derivar-se del dret a la intimitat del treballador i les seves conseqüències immediates: sense el seu consentiment no es podran elaborar proves a la seva persona, tendents a esbrinar si està o no afectat pel VIH i en quina eventual mesura; així mateix, hem pogut examinar per què tampoc no podran efectuar-se proves de detecció del VIH a futurs treballadors d'una empresa, atès que no existeixi cap cobertura normativa que ho admeti.

Ara bé, un cop iniciada la relació laboral, ens podrem trobar que el treballador conegui la circumstància relativa a que es troba afectat i en quina mesura; és a dir, el treballador sabrà si és seropositiu o bé si ha desenvolupat la malaltia.

En tots dos casos, és indubtable que el treballador podrà, si ho desitja, sotmetre's a tractaments retrovirals o pal·liatius, que li permetin en la seva situació lluitar contra el VIH i accedir a una millora de la seva situació personal.

Actualment, els tractaments han fet possible que l'efectivitat de la medicació, converteixin la SIDA en una malaltia controlada, a pesar de que no ha perdut la seva principal característica o sigui que es tracta d'una malaltia mortal. Tot i així, segons hem manifestat anteriorment, una vegada s'ha efectuat el diagnòstic, el VIH/SIDA es pot combatre amb un còctel de

fàrmacs que, avui dia, produeixen efectes secundaris i concomitants indesitjables que dificulten la vida de l'afectat.

Igualment, en una bona quantitat d'ocasions, no caldrà anar tan lluny i simplement haurem de recordar la gran quantitat d'hores que el subjecte haurà de passar en consultes mèdiques, exàmens clínics, sales d'espera, transports fins a hospitals allunyats, tràmits derivats, etc.

Amb tot això es vol dir simplement que trobar-se afectat actualment pel VIH/SIDA no comporta necessàriament tenir els dies comptats, però sí la necessitat de tenir cura de si mateix, invertint un element tan important de l'ésser humà com es el temps.

Des del punt de vista que tractem, per a la relació laboral, el temps és també un element bàsic, ja que una de les bases de la feina pot ser la producció per unitat de temps i no podem perdre de vista que els tractaments podran provocar moltes vegades que la feina del treballador es vegi alentida o s'interrompi, arran dels possibles efectes secundaris físics o psíquics que desencadenin, havent-hi fins i tot la possibilitat que no li sigui possible desenvolupar la tasca encomanada, de manera que obligat a l'eventual sol·licitud de baixes per incapacitat laboral transitòria.

A) El deure de rendiment: acomiadament per ineptitud del treballador.

El ciutadà té reconegut legalment per l'article 35 de la Constitució el dret al treball i el deure de treballar. Aquest deure de treballar queda matisat després per allò que especifica l'article 5.a de l'Estatut dels Treballadors, el qual estableix que el treballador té l'obligació de fer front i de respondre a les expectatives que l'empresari hi diposita, en el moment de contractar-lo.

L'empresari té del treballador una determinada expectativa, que serà òbviament, la màxima; és a dir, una expectativa de rendiment com més gran millor, a l'efecte de que la seva feina sigui més que suficient per tal de cobrir el cost del seu salari. No existeix una unitat de mesura objectiva del rendiment del treballador, ni de la seva productivitat, com tampoc ens ho diu cap norma jurídica. D'aquesta manera, el treballador restarà lligat al criteri subjectiu de l'empresari.

Aquest dret de rendiment dependrà tant de la feina desenvolupada com també de l'aptitud i l'actitud del treballador. Aquests tres factors fan que l'empleat depengui no únicament de tenir un contracte de treball, sinó del fet que sàpiga fer la feina (aptitud) i de que la seva voluntat condueixi al desenvolupament de la seva tasca (actitud).

Això haurà de confrontar-se també amb una altra previsió establerta per l'Estatut dels Treballadors al seu article 52.a, que ens adverteix que podrà ser motiu d'acomiadament la ineptitud del treballador coneguda o bé sobrevinguda amb posterioritat a la col·locació efectiva a l'empresa. Aquest acomiadament suposarà que l'empresari haurà de preavisar el treballador amb trenta dies d'antelació remunerats, indemnitzant-lo així mateix amb la quantitat de vint dies de salari per any treballat, amb un límit de deu anualitats.

B) El deure d'assistència: el seu incompliment.

Tal com en el cas del deure de rendiment, el treballador es veu també subjecte al compliment d'una jornada laboral concreta, amb els límits fixats per l'Estatut dels Treballadors. Aquestes jornades laborals hauran de ser respectades pels treballadors, amb una obligació d'assistència al lloc de treball. L'ocupació efectiva del treballador durant aquestes hores serà des de

llavors una qüestió que afecti exclusivament l'empresari que, com a contrapartida a l'assistència del treballador, haurà de donar-li feina efectiva.

Segons hem avançat anteriorment, el treballador seropositiu afectat pel VIH es veurà sovint obligat a desplaçar-se a centres mèdics, on rebrà diagnòstic, tractament i seguiment de la seva situació i evolució. Aquestes visites i controls es duran a terme en la gran majoria dels casos en horaris que coincidiran amb la seva jornada laboral. Serà precisament aquí on l'empresari podria arribar a utilitzar l'absentisme del treballador per tal d'argumentar un incompliment de les obligacions contractuals per part de l'empleat.

Cal recordar igualment que el treballador pot tenir reconegut el dret a absentar-se del seu lloc de treball, amb l'oportuna justificació documental i sense reducció salarial, sempre que el conveni col·lectiu això ho contempli. És recomanable, doncs, tenir accés al Conveni col·lectiu del sector productiu en què es presti serveis i conèixer les possibilitats d'absentisme per a aquests casos.

No obstant, precisament el seguiment de tractaments, proves i absències laborals, poden arribar a trencar justament l'element clau que el treballador seropositiu ha de preservar: la seva intimitat i la confidencialitat de dades, ja que el lliurament constant de parts de baixa, o bé de justificants d'assistència a determinats centres mèdics pot fer albergar sospites, amb més o menys fonament a l'empresari, a mesura que vagi rebent els justificants corresponents.

I, en qualsevol cas, cal tenir present que l'empresari podrà fer ús de les faltes d'assistència com a causa d'acomiadament, encara que siguin justificades, quan aquestes arribin al vint per cent de les jornades hàbils, durant dos mesos consecutius, o bé del vint-i-cinc per cent en quatre mesos

discontinus, en un període de dotze mesos, sempre que l'absentisme del resta de la plantilla superés el cinc per cent dins d'aquests períodes. A aquests efectes, no es consideren faltes d'assistència les derivades de l'exercici del dret de vaga, de representació dels treballadors, accidents laborals, maternitat, llicències, vacances ni baixes per accidents o malalties no laborals, si aquestes són acordades per serveis de salut oficials.

En aquest supòsit, relatiu a la falta d'assistència al lloc de treball per part del treballador, la conseqüència per a aquest pot revestir un doble caràcter: per una banda, relatiu a que si no s'especifica res en contra en el conveni col·lectiu, el temps emprat en assistència sanitària, serà descomptat del salari, en proporció del nombre d'hores esmerçades.

En segon lloc, cal també recordar que aquí resulta aplicable allò disposat a l'article 52 de l'Estatut dels Treballadors, respecte del fet que l'empresari vulgui entendre-ho com una de les anomenades *causes objectives* d'acomiadament, ja que l'Estatut preveu com a tal la falta d'assistència del treballador al centre de treball. A l'igual que en el supòsit ja estudiat d'ineptitud del treballador, serà obligació de l'empresari el preavís de trenta dies remunerats, amb obligació d'indemnització a raó de la quantitat de vint dies de salari per any treballat, amb un màxim de deu anualitats.

C) No discriminació del treballador afectat per VIH.

Segons hem comentat als dos subapartats anteriors, l'article 52 de l'Estatut dels Treballadors preveu la possibilitat d'acomiar un treballador que hagi incorregut en un supòsit d'ineptitud sobrevinguda o bé que hagi reiterat faltes d'assistència al seu lloc de treball.

En el cas de la ineptitud, l'argument a favor de l'acomiadament del treballador seropositiu el podem trobar en el dubte empresarial de si aquest podrà afrontar el rendiment determinat que d'ell s'espera, si podrà mantenir aquest ritme de producció o no, davant les afeccions que pot arribar a patir arran dels tractaments o bé per l'evolució de la malaltia, a nivell físic i psíquic.

Similars dubtes li plantejarà a l'empresari la qüestió de l'absentisme: si un element caracteritza els tractaments a què es veu obligat un seropositiu, és l'exactitud i la disciplina en el seguiment. Per això, ingerir medicaments en moments determinats del dia (que poden provocar efectes secundaris immediats) o bé l'assistència a consultes mèdiques poden fàcilment arribar a servir de fonament a l'empresari per tal d'argumentar l'existència de causes objectives d'acomiadament.

Lògicament, no tots els empresaris arribaran automàticament als extrems d'acomiadar per sistema els treballadors seropositius, per baix rendiment o per absentisme laboral. Però el que sí pot passar és que més sovint del que seria desitjable, ens trobem amb acomiadaments de treballadors afectats per VIH, disfressats per aquestes causes.

En aquests casos, probablement sí que, des d'una visió merament objectiva, un Magistrat de l'Ordre Social hauria d'acceptar i donar validesa a l'acomiadament. Ara bé, és més que evident que ens trobem davant d'una situació anormal, en què el treballador seropositiu no pot ser considerat de d'un punt de vista de mera igualtat, amb un treballador no afectat pel VIH.

Caldrà contemplar, doncs, allò que disposa d'una banda l'article 14 de la Constitució de 29 de desembre de 1978, segons el qual, els espanyols són iguals davant la Llei, sense que pugui prevaler cap discriminació per raó de naixement, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra circumstància

personal o social. D'altra banda, l'Estatut dels Treballadors contempla al seu article 4.2.e el dret a que el treballador no sigui discriminat per causa de disminució física, psíquica, sensorial, sempre que aquest es trobi en condicions d'aptitud de desenvolupament de la seva feina.

En definitiva, ens trobem davant d'un dret fonamental que la Constitució estableix i que posteriorment, la Llei ordinària desenvolupa. I l'efecte principal que empeny la vulneració d'un dret fonamental no és altre que la nul·litat d'aquell acte que el provoca. En aquest sentit, cal fer palès que parlar de nul·litat significa parlar d'inexistència de l'acte que vulnera el dret fonamental i, per tant, l'aplicació de la conseqüència més greu que l'ordenament jurídic preveu.

Cal aclarir que això no es pot entendre de cap manera com una discriminació vers els treballadors no afectats pel VIH, sinó precisament al revés. Ens expliquem: l'elaboració que el Tribunal Constitucional espanyol ha anat donant al dret a la no discriminació, l'ha dut a configurar des de fa anys la doctrina de l'anomenada *discriminació positiva*. Aquesta perspectiva de jurisprudència parteix de la constatació que hi ha situacions desiguals molt freqüents (sovint considerades normals) que fan necessari un tractament desigual davant d'aquestes situacions o realitats desiguals.

En qualsevol cas, ha de quedar absolutament palès que el fet de trobar-se afectat pel VIH, per si mateix, ni és ni pot ser causa d'acomiadament, en coherència amb la recomanació conjunta de la O.M.S. i de la O.I.T., de 29 de juny de 1988, anteriorment esmentada, així com les conclusions anàlogues del Consell de Ministres de Sanitat de la Unió Europea, de 15 de desembre de 1988, en el sentit d'indicar que la infecció per VIH no és en si mateix cap factor que incideixi ni tampoc pugui incidir en l'aptitud professional del treballador.

D) La defensa dels drets dels treballadors.

Hem plantejat en els punts anteriors diverses situacions en què l'empresari pot decidir l'acomiadament del treballador afectat pel VIH, fonamentant la seva decisió en les anomenades *causes objectives* que hem estudiat.

El procediment pel qual un empresari podrà acomiadar un treballador començarà per la confecció de l'anomenada "carta d'acomiadament", en què s'haurà de fer constar expressament quina causa està fonamentant la decisió empresarial. Realment, és impensable que l'empresari addueixi com causa de l'acomiadament el fet que el treballador es troba infectat pel VIH. Per tal motiu, el que serà més freqüent és la invocació de causes "*reals*", que permetin acomiadar-lo.

La defensa dels drets dels treballadors seropositius en aquests casos haurà d'efectuar-se amb rapidesa, ja que la Llei ens dóna terminis que tot i que sembli el contrari, són breus i queden exhaurits amb facilitat. En primer lloc, des de la recepció de la carta d'acomiadament, comptarem amb vint dies per tal d'interposar demanda d'impugnació d'aquest acomiadament, davant del Jutjat del Social.

L'acomiadament haurà de ser qualificat com nul, quan puguem provar que la seva base es troba en l'afecció per VIH del treballador. La nul·litat obeirà en aquest cas a la vulneració del dret fonamental a la igualtat i a no ser discriminat. Així mateix, la vulneració d'altres drets fonamentals que hem vist més amunt (a la intimitat, per exemple), haurien de ser base d'una eventual declaració de nul·litat de l'acomiadament.

Tal com hem aclarit anteriorment, la nul·litat de l'acomiadament suposa la inexistència de l'acomiadament impugnat i, en aquest cas,

l'empresari estarà obligat a readmetre el treballador, sense que pugui optar a donar una indemnització que pogués evitar el retorn de l'empleat al seu lloc de feina.

Davant de la declaració de nul·litat d'un acomiadament, l'empresari tornarà a intentar un nou acomiadament amb causa fictícia, si no ho ha estat ja des de l'inici. En tal cas, la demanda judicial que impugni l'acomiadament haurà d'aportar indicis de la discriminació i del fet que la causa que invoca l'empresari en la carta d'acomiadament, no té fonament. En la celebració del corresponent judici verbal, haurà de ser provat tot això i és per aquest motiu que és recomanable recórrer a l'ajuda de professionals des de l'inici de procediment, que puguin dur a terme l'adequada defensa dels drets dels treballadors davant dels Tribunals.

E) La modificació de les condicions de treball.

La vida del contracte de treball pot patir modificacions de les condicions que van fonamentar inicialment la conclusió del mateix per l'empresari i l'empleat. Una d'aquestes situacions pot trobar-se en el fet que el treballador esdevingui portador de l'VIH o sigui seropositiu, amb posterioritat a l'inici de la relació laboral. I si bé el fet que el treballador arribi a ser seropositiu no comporta en si mateix cap alteració, el seguiment dels tractaments, medicacions o efectes secundaris si poden portar efectes que minvin la capacitat laboral, tal com hem comentat abans.

Això podria portar-nos a la conclusió de la relació laboral, bé per baixes voluntàries del treballador, o bé per acomiadament. No obstant això, també serà possible que la relació laboral, enlloc de concloure, pugui ser modificada, quan existeixi voluntat per fer-ho així, per ambdues parts. Parlem, doncs, de les possibles modificacions de les condicions laborals, tot mantenint-se la vigència del contracte laboral subscrit en el seu dia.

Aquesta modificació ens obligarà a concloure inicialment que l'empresari no podrà mai, unilateralment, modificar les condicions laborals, encara que considerés que la modificació contractual que portaria al canvi de funcions o de prestació laboral resultaria més beneficiosa per a un treballador seu, afectat pel VIH.

En el supòsit que un empresari portés a terme modificacions relatives a la prestació laboral, respecte del desenvolupament de tasques no corresponents al grup o categoria laboral del treballador seropositiu, ens trobarem davant de modificacions substancials de les condicions de treball, motiu pel qual, el treballador podria fins i tot impugnar la decisió empresarial de modificació, a l'empara dels articles 39 i 41 de l'Estatut dels Treballadors.

Per la seva banda, l'article 25.2 de la Llei de Prevenció de Riscos Laborals, recolza aquest mateix criteri, ja que "*...els treballadors no seran emprats en aquells llocs de feina en què, a causa de les seves característiques personals, estat biològic, o per la seva discapacitat física, psíquica o sensorial degudament reconeguda, puguin, ells, altres treballadors o altres persones relacionades amb l'empresa, posar-se en situació de perill*". La conclusió que haurem d'entendre, per tant, serà que l'empresari estarà obligat a facilitar un lloc de treball adequat a la situació personal del treballador, però sempre amb l'acceptació d'aquest.

Sorgeix així un dubte immediat: què fer quan l'empresari efectua aquestes modificacions, amb o sense bona intenció. La resposta a la pregunta té diverses solucions: la primera, passaria per la interposició de demanda davant del Jutjat social, pel mecanisme especial de defensa dels drets fonamentals, d'acord amb el que queda disposat per l'article 181 de la Llei de Procediment Laboral, per vulneració dels drets fonamentals a la

igualtat i a la no discriminació. La finalitat haurà de ser la d'obtenir la declaració de nul·litat radical de la conducta discriminatòria de l'empresari, amb reposició del treballador a les condicions anteriors a la notificació, podent demanar-se inclòs una indemnització per danys morals. Aquesta demanda s'haurà d'interposar també en el termini de vint dies, des de la notificació del canvi de condicions.

En segon lloc, l'article 41 de l'Estatut dels Treballadors fixa com impugnables les alteracions de les circumstàncies o condicions del lloc de treball, sempre que això comporti la mobilitat funcional del treballador que excedeixi del seu grup professional o categories equivalents, modificacions en l'horari laboral, jornada, règim de feina a torns, sistema de remuneració, sistema de treball i rendiment o mobilitat geogràfica que impliqui canvi de residència del treballador. El procediment en aquest cas consistirà en interposar demanda de conciliació prèvia davant del CMAC, per tal que en el cas que no hi hagi avenença en el servei de conciliació, sigui el Jutjat social qui declari que la decisió empresarial va ser justificada, nul·la o injustificada.

La tercera possibilitat, consistirà en què el treballador plantegi denúncia davant la Inspecció de Treball, a l'empara de l'article 96 de l'Estatut dels Treballadors, per la comissió d'actes contraris a la intimitat del treballador, per actes de l'empresari. En cas que la Inspecció de Treball consideri que l'empresari ha infringit l'Estatut dels Treballadors, s'aplicaran les sancions previstes per la Llei 8/1988, de set d'abril, sobre infraccions i sancions en l'ordre social, que poden suposar per a l'empresari haver d'afrontar sancions econòmiques importants.

document editat per:

gais positius

l'associació de i per a gais seropositius

Finlàndia 45, 2on pis, 08014 Barcelona

Plaça de Sants

Sants-Estació

932 980 642

gaispositius@gaispositius.org

www.gaispositius.org